



UNIVERSITÀ DI PISA

SCUOLA DI DOTTORATO
IN DIRITTO PUBBLICO E DELL'ECONOMIA
(CURRICULUM: DIRITTI ED ISTITUZIONI NEI PROCESSI DI GLOBALIZZAZIONE)

**L'era dell'accesso: il diritto ad Internet tra
protezione costituzionale e attuazione
contrattuale**

CANDIDATA:

VALENTINA AMENTA

Tutor:

Prof.ssa Dianora POLETTI

Direttore della Scuola di Dottorato:
Prof.ssa Giovanna COLOMBINI

ANNO ACCADEMICO 2011/2012

A te, Papà

e a quello che tu definivi un “lavoro infinito”

Prendete in mano la vostra vita e fatene un capolavoro.

Papa Giovanni Paolo II (Karol Wojtyła)

INDICE

INDICE	iii
INTRODUZIONE	1
PERCORSO DELLA RICERCA	9

PARTE PRIMA

DIRITTO DI ACCESSO ALLA RETE: DIRITTO FONDAMENTALE O DIRITTO SOCIALE IMPLICITO NELLA COSTITUZIONE?

CAPITOLO PRIMO

LA COSTITUZIONE E IL “DIRITTO DI ACCESSO AD INTERNET”

1.1 Le generazioni dei diritti	15
1.2 Il diritto di accesso ad Internet	21
1.2.1 Diritto di accesso alla Rete: diritto fondamentale o diritto sociale implicito nella Costituzione?	26
1.2.2 Libertà di informazione versus diritto di accesso ad Internet negli indirizzi delle Corti	38
1.2.3 Diritto di accesso ad Internet: necessità di una sua esplicita regolamentazione?	47

CAPITOLO SECONDO

L’ACCESSO AD INTERNET E IL *DIGITAL DIVIDE*: UNA LETTURA DEL FENOMENO

2.1 Accessibilità e “usabilità” di Internet	52
--	-----------

2.1.1 Cosa accomuna accessibilità e usabilità	63
2.2 La “Legge Stanca”	68
2.3 Banda larga: tecnica e diritto	74
2.3.1 Il Digital Divide in una società che cambia	79

CAPITOLO TERZO

POLITICHE DI SVILUPPO DELLA BANDA LARGA NEGLI STATI UNITI, IN EUROPA E IN ITALIA

3.1 Lo sviluppo della banda larga negli Stati Uniti: il <i>National Broadband Plan</i> e la <i>American Recovery and Reinvestment Act</i>.	84
3.2 La banda larga e ultra-larga in Europa	89
3.2.1 Altre Politiche europee: l’Agenda Digitale Europea e la <i>Broadband Communication</i>	100
3.3 Verso la creazione di una “Società della Rete” in Italia	103
3.3.1 Il <i>Broadband Plan</i> italiano: il Programma Romani	111
3.3.2 L’Agenda digitale italiana: progetti delle istituzioni	114
3.4 Il ruolo del decisore pubblico come fondamento costituzionale per lo sviluppo della banda larga	117

PARTE SECONDA

IL CONTRATTO DI ACCESSO AD INTERNET

CAPITOLO QUARTO

IL CONTRATTO DI ACCESSO AD INTERNET

4.1 Il contratto di accesso ad Internet: premesse sistematiche	135
4.1.1 Il contratto di accesso ad Internet: quid iuris?	140

4.2 Il destinatario della tutela: il contraente debole e la sua asimmetria contrattuale	148
4.3 Gli obblighi informativi nel contratto di accesso ad Internet	159
4.4 Clausole abusive nei contratti di accesso ad Internet: principali snodi critici	170
4.4.1 Sospensione e interruzione del servizio	191
 BIBLIOGRAFIA	 201
Elenco siti	215

INTRODUZIONE

“Non è cosa più difficile a trattare né più dubbia a riuscire, né più pericolosa a maneggiare, che farsi capo a introdurre nuovi ordini; perché lo introduttore ha per nemici tutti quelli che delli ordini vecchi fanno bene ed ha tepidi difensori tutti quelli che delli ordini nuovi farebbero bene. La quale tepidezza nasce parte per paura degli avversarii, che hanno le leggi dal canto loro, parte dalla incredulità degli uomini; e quali non credano in verità le cose nuove se non ne veggano nata una ferma esperienza”

Machiavelli, Il Principe

Quando ci si avvicina per la prima volta allo studio delle nuove tecnologie, balzano immediatamente alla mente le considerazioni di Nicola Jeager, studioso del processo civile, che nel 1941 aveva sottolineato come i giuristi siano generalmente ostili all'avvento delle innovazioni¹.

Negli ultimi anni e in particolare con l'avvento di *Internet*, è maturata sempre più la convinzione che il *diritto non può più sottrarsi o sfuggire ai tempi che cambiano*², ma anzi deve adeguarsi alle nuove esigenze di tutela e ai c.d. nuovi diritti.

¹ Jager, “*Manuale pratico del processo civile*”, Torino, 1941, p.3. L'autore scrive: “un pregio, che per me è anche un difetto, comune in genere a tutti noi uomini di legge, magistrati e avvocati e persino studiosi puri è dato dalla tendenza conservatrice della quale siamo più o meno imbevuti verso gli istituti giuridici che ci sono familiari. È un pregio, senza dubbio, perché il diritto è anche garanzia di pace e di stabilità e trae forza da una osservanza durevole; è un difetto perché può moltiplicare le resistenze, senza adeguata giustificazione, di fronte a riforme rese necessarie da nuove esigenze o da più illuminata coscienza di esigenze preesistenti. E siamo poi proprio perfettamente sicuri che questa tendenza non corrisponda in parte ad una certa dose di pigrizia mentale, al desiderio di adeguarci su di una prassi ormai formata, su una giurisprudenza più o meno definitivamente consolidata, risparmiandoci lo sforzo di apprendere e di adattare alla pratica della vita istituti nuovi?”

² Frosini, *Il giurista nella società dell'informazione*, in *Inf. e Dir.*, 2001, pp. 193 e ss.

Al giurista che “non può fingersi sordo ai problemi di una società in continuo movimento, né tentare di abituarsi al rumore, per subirne più la molestia, spetta sempre il compito di comprendere e razionalizzare il mondo che muta, agevolato nel suo cammino da un armamentario di categorie che hanno la capacità di adattarsi, di rigenerarsi, di espandersi fino a determinare la nascita di nuove categorie³”.

Se la prima parte del secolo XX, ossia il periodo tra il 1900 e il 1933 ci ha donato un enorme sviluppo nella mobilità territoriale, il periodo tra il 1933 e il 1966 ha portato decisive variazioni nel panorama globale della società, come l’alfabetizzazione, l’urbanizzazione, la democrazia, il periodo che va dal 1966 ad oggi è visto come il periodo della comunicazione. L’età che viviamo è quella della globalizzazione della comunicazione, e ragione e ricerca sono i pilastri su cui si fonda questa cultura, edificata sull’interazione rapida e sullo scambio di informazioni in tempo reale.

Viene alla mente il sogno di Alessandro Magno, quello di una *koinè*⁴ riguardosa delle realtà locali e contemporaneamente coerente e interconnessa, che vive ancora nei desideri di molti sociologi e giuristi moderni. Questa comunità, così come la *Koinè* ipotizzata da Alessandro Magno, è figlia dei principi universali dell’epoca alessandrina e così non può trascurare di “edificare le proprie città in un mondo conosciuto ed esimersi dall’utilizzare

³ Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Grammatica e Diritto*, Milano, 1978, p.89.

⁴ La *koinè* è l’antico dialetto greco e non è importante solo per essere il primo dialetto comune, ma anche perché è la lingua originale del Nuovo Testamento e quindi anche il mezzo per l’insegnamento e la diffusione del Cristianesimo. Nell’uso moderno, il termine è divenuto un sinonimo per indicare la lingua ellenistica, ossia quel momento linguistico che si andò ad imporre come lingua comune del mondo greco nell’epoca postclassica.

queste piccole isole della Rete come strumenti di diffusione globale della struttura del sapere⁵”.

In realtà, l’immagine di *Internet* che si va configurando in questo momento storico è ambigua e fuorviante; ciò perché essa è vista a volte come isola felice e a volte come una catastrofe annunciata.

Parte della dottrina oltreoceano sottolinea che Internet “non è rivoluzionario perché mette le persone in Rete e neanche perché annulla lo spazio tempo o fa risparmiare denaro in transazioni di *e-business* o di *business process management*. Internet non è utile perché consente di leggere il giornale di casa a Pechino o chattare con un neozelandese insonne. Internet è fondamentale perché è ecumenico, ovvero è la manifestazione visibile della Biblioteca di Babele⁶”.

In buona sostanza, la Rete Internet deve entrare a far parte dell’immaginario collettivo come un imponente libro che via via si va scrivendo e disegnando, uno spazio che è multidimensionale e dove l’accesso si realizza attraverso canali che conducono inevitabilmente ad altri canali.

⁵ Zocchi, *Internet. La democrazia possibile*, Milano, 2007, p. 54.

⁶ Weinberger, *Small Pieces Loosely joined*, trad. It. Sperling e Kupfer, *Arcipelago Web*, Milano, 2002, pp.66-68; Rifkin, *L’era dell’accesso*, Milano, 2000, che a p. 7 mette in luce una tesi analoga. Nella *new society* sono le idee, i concetti, le immagini, non le cose, i componenti fondamentali del valore. Ed è necessario sottolineare che il capitale intellettuale raramente viene scambiato; rimane, invece, in possesso del fornitore, il quale lo noleggia o ne autorizza un uso limitato da parte di terzi. In sostanza, l’autore mette in risalto il concetto della perdita di importanza a vantaggio di una sorta di titolarità condivisa che la Rete dovrebbe rappresentare in modo perfetto. Sul punto v. anche Tagliagambe, “*Rete, paradigma della conoscenza*”, in <http://www.mediamente.rai.it>, il quale afferma che “attraverso le nuove tecnologie si ha un’estensione spaziale che ci permette di avere la possibilità di confrontarci con culture diverse in tempo immediato; il tempo viene azzerato nel rapporto con culture che sono molto lontane dalle nostre, con le quali prima il dialogo era molto difficile. Oggi prevale l’estensione spaziale rispetto alla selettività temporale. In linguaggio tecnico potremmo dire che è la rivincita del sincronico sul diacronico”.

Naturalmente, si comprende come uno spazio che può evocare la Biblioteca di Babele non può essere di proprietà di alcuno; essa è una rappresentazione metaforica della libertà di movimento totale.

Si assiste, così, al passaggio dalla società dell'informazione alla *Informational society*, ossia la società "informazionale"⁷, indirizzata "allo sviluppo tecnologico, ovvero all'accumulazione di conoscenza e a sempre più alti livelli di complessità nell'elaborazione dell'informazione"⁸.

L'avvento della Rete Internet⁹ ha rappresentato una rivoluzione per l'epoca contemporanea, avendo ingenerato una maestosa serie di cambiamenti nella vita sociale e soprattutto di relazione.

⁷ Il termine informazionale indica l'attributo di una specifica forma di organizzazione sociale in cui lo sviluppo, l'elaborazione e la trasmissione dell'informazione diventano fonti basilari di produttività e potere grazie a nuove condizioni tecnologiche emerse in questo periodo storico.

⁸ Cfr. Castells, *The Rise of Information Society*, Blackwell, 1996, trad. It. *La nascita della società dell'informazione*, Milano, 2002, p.18. Sul tema v. Touraine, *Critique de la modernité*, Fayard, 1992.

⁹ La nascita di Internet si colloca nel pieno periodo della guerra fredda, dopo la seconda guerra mondiale che vede USA e URSS nemiche acerrime per il potere e la supremazia in Europa e nel mondo. Il 4 ottobre 1957 l'URSS manda in orbita lo Sputnik, il primo satellite artificiale della storia, che gli Stati Uniti sentirono come un'offesa inammissibile a testimonianza di un progetto tecnologico ormai inarrestabile. La contromossa statunitense fu respinta, guidata dal Presidente Eisenhower; la preoccupazione ricorrente derivava dall'impossibilità di comunicare con sicurezza in caso di attacco nucleare con le solite trasmissioni via radio.

Il 15 ottobre viene convocato lo *Science Advisory Committee* (Comitato di consulenza scientifica) all'interno del quale si stabilisce di nominare un *Advisor*, con il potere di decidere sullo sviluppo della tecnologia americana. Il 7 gennaio Eisenhower trova lo scienziato adatto, James R. Killian Junior, il quale definisce insieme al segretario della difesa americana le basi per la creazione di un'agenzia per lo sviluppo scientifico che porti all'unione di esercito, marina militare e aviazione. Tale progetto fu ostacolato dalle alte gerarchie militari, che non intendevano sottomettersi ad un'unica unità decisionale. Dopo un estenuante braccio di ferro nasce l'ARPA (*Advanced Research Project Agency*), con sede all'interno del Pentagono, Washington. Gli Stati Uniti decisero di stanziare maggiori finanziamenti nel campo della ricerca aerospaziale e costituirono la NASA. Il governo trasferì ad essa la competenza di gestire i programmi spaziali con i relativi capitali e l'Arpa dovette cercarsi un nuovo oggetto di studio, che fu individuato nella scienza dell'informazione e della comunicazione. Nel 1969 nacque il primo risultato del progetto, chiamato *Arpanet*, che aveva come obiettivo primario quello di garantire la sicurezza dei dati in caso di guerra nucleare.

Se l'uso della Rete era legato, tempo fa, alla consultazione dei siti per acquisire informazioni, ora l'approccio comune sta radicalmente mutando: Internet non si presenta più come un agglomerato di siti *web* indipendenti tra loro, ma va considerato come l'insieme delle capacità tecnologiche raggiunte dall'uomo nel campo della diffusione e della condivisione delle informazioni e del sapere in generale.

Possiamo guardare alla Rete come ad un ambiente¹⁰ che permette di sperimentare nuove forme di contatto, di relazione e di espressione personale.

Il flusso di dati, che si realizza in Rete, può acquisire valenze diverse a seconda dell'utilizzo di Internet. Sotto questo aspetto l'accesso ad Internet può risultare strumentale per le più svariate attività, quali:

- l'invio e la ricezione di *e-mail*, che può essere equiparata all'"invio della corrispondenza", ossia alla trasmissione a distanza di messaggi e al loro scambio. La differenza è però notevole, ed insita nel mezzo utilizzato per lo scambio: con l'*e-mail* è possibile conservare il contenuto in apposite allocazioni di memoria.
- piattaforme di conversazioni su svariati temi, che possono svolgersi sulla Rete. A differenza della struttura comunicativa che potremmo definire tradizionale, dove mittente e destinatario della comunicazione si incontrano in uno spazio e in un tempo uguale, in Internet avviene quella che potremmo definire la dematerializzazione dello spazio. La logica delle

¹⁰ Internet è una rete di collegamenti tra reti di grandezza inferiore, una mera struttura logico-matematica fatta di cavi, *software* e sistemi elettronici, cui si accede attraverso *computer*, *router* e *server*. In sostanza si configura come uno strumento di interconnessione tra i computer e conseguentemente, tra gli uomini che utilizzano i computer interconnessi attraverso la rete. Cfr. a riguardo la Sentenza della Corte federale USA sul *Telecommunication Act*, 11 giugno 1996, in *Diritto dell'Inf. e dell'Inform.*, 1996, pp.638 e ss.

bachecche di discussione è assai diversa, in quanto vi è un coinvolgimento, a volte anche a livello planetario, di una moltitudine di soggetti interessati alla discussione che in luoghi diversi del mondo inseriscono nel canale comunicativo la loro opinione. Così, i messaggi inviati non hanno per destinatari singoli e ben individuati soggetti, ma si inoltrano a un *newsgroup* verso più o meno vaste aree di discussione.

- *Internet Relay Chat*: la comunicazione si smaterializza sul piano dello spazio, ma non del tempo, in quanto la discussione si svolge in tempo reale, senza scontare i tempi che sono propri dello scambio di *e-mail*. Possiamo analogicamente accostare quest'ambito relazionale all'incontro tra soggetti convenuti fisicamente in un medesimo luogo (quale potrebbe essere una piazza, un bar). Naturalmente il luogo è virtuale, e quindi il dialogo, con il conseguente scambio di messaggi, avviene sempre grazie ed unicamente tramite la tastiera e l'immediata apparizione in video della replica degli altri partecipanti¹¹.
- Attività di ricerca di materiali attinenti ai più svariati campi d'interesse (scientifico, commerciale, politico, ludico) e alla possibilità, al termine di questa analisi, di acquisire quanto reperito nei diversi siti, attraverso tecniche di trasferimento dei *files* sul proprio elaboratore¹².

¹¹ In entrambe le ipotesi, da ultimo, il principio che permea il discorso è quello di *Interattività*. Viene, infatti, in rilievo l'ulteriore tratto costitutivo della caratterizzazione comunitaria o collettiva della Rete, che da un lato, rinvia ai connotati tipici dei momenti di associazione e di riunione e dall'altro si accosta alla più ampia nozione di formazione sociale, cui allude l'art.2 Costituzione e di cui si dirà nel proseguo del lavoro.

¹² Si tratta della c.d tecnica di *Download*, ossia il trasferimento di dati da un computer locale a uno remoto utilizzando un apparato di comunicazione, ad esempio un modem, o tra computer della stessa rete.

Simmetricamente è possibile, per chiunque lo voglia, introdurre e quindi rendere disponibili agli altri “cybernauti” materiale proprio.¹³

- “pubblicazioni in Rete delle testate giornalistiche”: si tratta di servizi di carattere informativo forniti dagli stessi editori della carta stampata. L’informazione, quindi, può essere equiparata a quella data attraverso i canali tradizionali.
- *e-commerce*¹⁴, *e-banking*: le caratteristiche del commercio elettronico, quali la decolonizzazione, la velocità delle transazioni ha dato al consumatore la possibilità di agire per primo visitando le diverse offerte sui portali e *software* specializzati, di domandare in Rete l’offerta migliore di un certo tipo di prodotto entro un dato termine, ad un certo prezzo.

Da quanto finora espresso, si evince che nell’era moderna le tecnologie digitali “i *bit*, i programmi e i *computer* in generale non sono più tecnologia di quanto non siano tecnologia la carta e la penna. La nostra civiltà ha interiorizzato la parola e la scrittura al punto da dimenticare che esse sono invenzioni e tecnologie tipiche di un periodo molto piccolo della storia dell’uomo¹⁵”.

¹³C.d. tecnica dell’*upload*: procedura per l’invio di *files* da un computer locale a uno remoto. Si effettua un *upload*, ad esempio, quando si pubblicano delle pagine web inviandole al *server web* che le ospita.

¹⁴ L’*e-commerce*, secondo la comunicazione della Commissione europea del 1997, “comprende attività disparate quali: commercializzazione di merci e servizi per via elettronica; distribuzione on line di contenuti digitali; effettuazione per via elettronica di operazioni quali il trasferimento di fondi, emissione di polizze di carico, vendita all’asta, progettazione e ingegneria in cooperazione; on line sourcing; appalti pubblici per via elettronica; vendita diretta al consumatore e servizi post vendita ”.

¹⁵ Pascuzzi, *Tecnologie digitali e regole*, in *Dir. dell’Internet*, 2005, p.303.

Una volta acclarato l'indissolubile rapporto tra diritto e tecnologia, è opportuno analizzare come e in che misura l'informatica e la telematica si intersecano con le regole giuridiche.

Questa schematica prospettiva delle funzioni assolte da Internet ha reso l'idea del formidabile intreccio di problematiche, che già solo sul piano giuspubblicistico sono ad essa correlate. La rivoluzione in atto, creata da Internet si è estesa, inglobando nel suo alveo tutte le problematiche connesse al suo stesso sviluppo. Internet, come tutti i fenomeni sociali, necessita di una regolamentazione puntuale, proprio perché anche questa realtà non sfugge all'antico broccardo "*ubi societas hominum, ibi ius*"¹⁶.

¹⁶ Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte prima, Il concetto del diritto*, Milano, 1983, p.8.

PERCORSO DELLA RICERCA

La presente ricerca prende le mosse dalla possibile configurazione del diritto di accesso ad Internet come nuovo diritto, che, sebbene non goda di un attuale ed esplicito riconoscimento normativo, ha un forte tono costituzionale. A tal proposito un'autorevole dottrina¹⁷ ha specificato che “la ricerca, la ricezione delle informazioni, paiono grazie ad Internet, avere assunto, come non mai in precedenza, un rilievo concreto, dando luogo, nello specifico, a ciò che si potrebbe chiamare polivalenza dell'accesso e del suo corrispondente diritto. Si tratta, com'è noto, di figure, la cui fisionomia trova incerte giurisprudenza della Corte e dottrina solo in ordine al loro preciso valore fondante, ma del cui spessore costituzionale non pare più lecito dubitare”.

Il primo obiettivo della ricerca sarà proprio quello della qualificazione giuridica del diritto di accesso ad Internet, che viene prospettato nella sua struttura intrinseca e bifasica. Infatti, da un lato esso si configura come un diritto fondamentale, riconducendo in tale alveo tutte le possibili attività riguardanti il diritto di informarsi e di informare (naturalmente indirizzato a utenti non giornalisti professionisti), il diritto di manifestare il proprio pensiero e il diritto di associazione inteso anche come diritto di riunione. Oggi tutti possono essere al tempo stesso comunicatori e diffusori. Internet ha consentito “il recupero della nozione di manifestazione del pensiero come libertà individuale. Cioè senza filtri, ovvero senza mediazione di sorta, un *open*

¹⁷ P. Costanzo, “*Informazione nel diritto costituzionale*”, in *Digesto* (Disc. pubbl.), IV edizione, Torino, 1993.

*network*¹⁸). Ciò si avverterà sempre di più a partire dalla prossima generazione, che sta crescendo nutrita da *Twitter, Facebook, You Tube, Skype, WhatsApp* e quanto di nuovo il *web* ci offrirà. Dall'altro lato l'accesso ad Internet si presenta come diritto sociale strumentale all'esercizio di altri diritti¹⁹. In quanto "nuovo" diritto sociale²⁰ collettivo, il diritto di accesso può essere rivendicato dai cittadini di una determinata comunità nei confronti delle proprie autorità politiche e deve essere perciò garantito da tali autorità. Connotando i diritti sociali come diritti a prestazione da parte dello Stato, emerge il tratto distintivo dello Stato italiano moderno, che consisterebbe nel soddisfacimento di interessi di rilevanza pubblica. In esperienze nazionali come quella italiana, l'uguaglianza formale, intesa come parità di trattamento nei confronti di ogni cittadino da parte dello Stato, sembra inadatta a concretizzare il principio di

¹⁸ Frosini, *Il diritto costituzionale d'accesso ad Internet*, in *Il diritto d'accesso ad Internet*, a cura di Pietrangelo, Roma, 2011, p.31.

¹⁹ Cfr. Circol. INPS, 12 settembre 2011, n.4 firmata dai Ministri Brunetta e Sacconi (pubblicata in G.U. 13 giugno 2011, n. 135) per la trasmissione in via telematica dei certificati di malattia nel settore privato. La prescrizione dell'obbligo di rilascio ed invio telematico dei certificati medici di malattia anche per il settore privato era stata introdotta dall'art. 25 della legge n. 183 del 2010. V. anche l'ultima bozza del Decreto legge sulla "*spending review*" 2012, in

http://www.governo.it/GovernoInforma/spending_review/index.html. Da quest'anno la pagella sarà online, il documento in formato elettronico avrà la stessa validità legale di quello cartaceo; si legge nel testo, «la pagella elettronica ha la medesima validità legale del documento cartaceo ed è resa disponibile per le famiglie sul web o tramite posta elettronica o altra modalità digitale. Resta comunque fermo il diritto dell'interessato di ottenere su richiesta gratuitamente copia cartacea del documento redatto in formato elettronico». Un'altra novità è che dal prossimo anno le iscrizioni alle scuole statali saranno possibili solo online. Lo prevede l'ultima bozza della "*spending review*" che attende la firma del Capo dello Stato. «Le iscrizioni alle istituzioni scolastiche statali di ogni ordine e grado - si legge nel testo - avvengono esclusivamente in modalità on line attraverso un apposito applicativo che il ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca mette a disposizione delle scuole e delle famiglie».

²⁰ Per una puntuale ricostruzione si veda Barile, *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, a cura di De Siervo, I, Bologna, 1980; sul tema cfr. Vignudelli, *Diritto Costituzionale*, I, Torino, 2005, p.539, che sottolinea come i diritti sociali sono una caratteristica peculiare della Costituzione italiana del 1948, sia nei confronti del precedente Statuto Albertino, sia nei confronti delle altre carte costituzionali occidentali, che pur condividendo la medesima impostazione del c.d. Stato sociale, non provvedono ad un'elencazione così esaustiva delle figure di diritti sociali.

uguaglianza per la presenza di situazioni soggettive diseguali e di situazioni di partenza che avvantaggiano alcuni consociati nei confronti di altri. Così, l'intervento dello Stato si sostanzia nella definizione delle prestazioni da assicurare indistintamente a tutti i cittadini e nell'individuazione dei privati tenuti a renderle.

Nel settore dei servizi pubblici, gli aspetti sociali assumono una connotazione specifica, in quanto la disciplina degli stessi²¹, pur improntata alle medesime finalità di cui all'art.3, secondo comma, della Costituzione, si inserisce in quella parte della Costituzione che va sotto la denominazione di "*costituzione economica*" in senso stretto. Ciò è conseguenza del fatto che i servizi pubblici rientrano in quelle attività "economiche", dove l'iniziativa è libera, in base a quanto stabilito dall'art. 41 Cost.²², ma subordinata, alla stregua dell'iniziativa economica pubblica, ai controlli e ai programmi²³ previsti con legge, in modo da essere collegata e orientata a fini sociali.

Infatti, quando il legislatore ritiene un'utilità necessaria allo sviluppo sociale, la isola dalla dinamica concorrenziale e dispone mezzi affinché quella prestazione sia garantita al cittadino ovunque esso sia e ad un prezzo a lui accessibile.

Su quest'ultimo punto si incardina il secondo obiettivo della ricerca, che mira all'esame delle politiche regolatorie adottate negli Stati Uniti, in Europa e in

²¹ Per un'analisi sull'evoluzione della materia dei servizi pubblici cfr. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p.141 e ss.

²² Sull'argomento cfr. Cavalieri, *Iniziativa economica privata e costituzione vivente*, Padova, 1978, pp.255 e ss, che mette in luce che Pubblica Amministrazione e giurisprudenza possono limitare l'iniziativa economica privata solo per promuovere quel nucleo minimo di valori che la Costituzione antepone a tali libertà. Ulteriori limitazioni possono poi essere poste dal legislatore cui spetta il compito di valutare quando, soprattutto ex art. 3, comma secondo della Costituzione, l'utilità sociale debba prevalere sulla libertà di iniziativa economica.

²³ Cfr. De Carli, *Costituzione e attività economiche*, Padova, 1978.

Italia per lo sviluppo della banda larga, strumento funzionale all'esercizio del diritto di accesso. Dev'essere subito segnalato che nelle ultime direttive europee del 2009, il diritto di accesso ad Internet non rientra ancora nell'elenco delle prestazioni obbligatorie, perché non essendo sufficientemente diffuso non era ritenuto possibile causa di esclusione sociale di chi ne fosse risultato privo. Attualmente l'accesso ad Internet è una mera opportunità che può essere concessa dagli Stati o dal mercato stesso nel momento in cui la diffusione della domanda ne renda conveniente l'offerta. Ma come un'illustre dottrina ha osservato: “dare opportunità invece di diritti può essere presentato come un ampliamento delle sfere di libertà, ma in concreto può risolversi nell'abbandono sociale²⁴” per coloro i quali non possono godere del diritto.

In Italia, la situazione è resa ancor più grave da una presenza non indifferente di divario digitale. Quindi, il ruolo preponderante che grava sullo Stato italiano riguarderebbe non solo la creazione effettiva e materiale della Rete per la banda larga, ma l'assunzione dei costi conseguenti, che graverebbero sul suo bilancio. Si può anticipare che la scelta del nostro legislatore in merito si è indirizzata verso l'inclusione del privato nella realizzazione e gestione delle infrastrutture e nell'erogazione del servizio di accesso generale.

Infine, il terzo ed ultimo interrogativo su cui si sofferma la ricerca concerne un altro risvolto del diritto di accesso, che segue la qualificazione dell'accesso e la sua garanzia. L'attenzione si sposterà sul suo utilizzo effettivo, attraverso l'individuazione e qualificazione dello strumento giuridico atto alla sua fruizione, qual è il contratto di accesso ad Internet. Infatti, una lettura del diritto

²⁴ Rodotà, *Le radici di ieri nelle libertà di domani*, in *Il Manifesto*, num. Spec. 19 dicembre 1997, p.37.

di accesso come diritto fondamentale strumentale all'esercizio di un diritto sociale pone il problema non solo di analizzare la tipologia di contratto da cui il diritto prende vita, ma anche le ipotesi di violazione del diritto che scaturiscono da inadempimenti contrattuali del professionista e le conseguenze che possono derivarne sul piano della riparazione di eventuali danni, patrimoniali e non solo.

PARTE PRIMA

DIRITTO DI ACCESSO ALLA RETE: DIRITTO FONDAMENTALE O DIRITTO SOCIALE IMPLICITO NELLA COSTITUZIONE?

CAPITOLO PRIMO LA COSTITUZIONE E IL “DIRITTO DI ACCESSO AD INTERNET”

La libertà non è star sopra un albero

non è neanche il volo di un moscone

la libertà non è uno spazio libero

libertà è partecipazione

G.Gaber

1.1 Le generazioni dei diritti

Dinanzi a questi radicali mutamenti, in un contesto in cui l'informazione, l'informatizzazione e la globalizzazione dei processi, delle regole e delle reti appaiono essere divenute chiavi insostituibili di accesso alla libertà, al progresso e alla democrazia, la sensazione è quella che stia nascendo e si stia sviluppando all'interno della nostra società una nuova categoria di diritti²⁵.

Quando si parla di diritti solitamente si fa riferimento alla tradizionale tripartizione in “generazioni²⁶”.

La prima generazione dei diritti umani è quella dei c.d. “diritti tradizionali²⁷”, ossia i diritti politici e civili sanciti nelle Costituzioni liberal-democratiche.

²⁵ Cfr. Bovero, *La libertà e i diritti di libertà*, in *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, a cura di Bovero, Roma-Bari, 2004; Al riguardo anche v. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Vitale, Roma-Bari, 2001.

²⁶ Dobbiamo questa classificazione a Bobbio, *L'era dei diritti*, Torino, 1990, pp.9 e ss; Cfr. anche Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, 1994.

²⁷ Cfr. Pugliese, *Notazioni storiche sui diritti umani*, in *Diritti umani e civiltà giuridica*, a cura di Caprioli-Treggiani, Atti del convegno di Perugia, Novembre 1989, Perugia, 1992, pp. 40 e ss; Zaglrebreski, *I diritti fondamentali oggi*, in *Ass. it. dei cost.*, Padova, 1995.

Generalmente, si colloca la nascita di tali diritti intorno al 1789, epoca in cui, con la fine della Rivoluzione francese, è intervenuta l'approvazione della Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino²⁸. Come è scritto nel preambolo, la nazione francese annuncia al mondo quei diritti che, attribuiti ad ogni essere umano dalla natura stessa, erano stati avviliti dal dispotismo dei secoli passati. Per i rivoluzionari del tempo la legge è il mezzo supremo dell'ordine sociale, in quanto incarna la fine dell'arbitrio, della volontà del despota, e si pone come il tramite della nuova generazione. I diritti nascenti erano individuati come libertà negative, rivendicati nei confronti dello stato. Queste libertà richiedevano da parte di altri soggetti, compreso il potere statale, obblighi di non fare, come l'astensione da determinati comportamenti. Si trattava di diritti che nascevano dalla rivendicazione di una serie di libertà fondamentali fino ad allora precluse ad ampi strati della popolazione, come ad esempio, il diritto alla vita e all'integrità fisica, il diritto di espressione e quello di associazione, il diritto alla partecipazione politica, all'elettorato passivo, il diritto di professare la propria fede religiosa. I diritti di prima generazione vengono denominati "diritti liberali", proprio perché nascono all'interno di un potere statale in cui viene finalmente resa consapevole l'idea che lo Stato è

²⁸ All'indomani della Rivoluzione francese, l'Assemblea nazionale costituente decise di assegnare ad una speciale commissione di cinque membri il compito di stilare una Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, da inserire nella futura Costituzione, nell'ottica di un passaggio dalla monarchia assoluta dell'*Ancien Régime* ad una monarchia costituzionale. Il progetto della Dichiarazione venne discusso in assemblea dal 20 al 26 agosto e la redazione definitiva fu accettata dal re Luigi XVI e fu inserita come preambolo nella Carta costituzionale. La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, inoltre, fu inserita nel 1948 nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata dalle Nazioni Unite. La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino si compone di un preambolo e di 17 articoli, che contengono le norme fondamentali che regolano la vita dei cittadini tra di loro e con le istituzioni. Innanzitutto viene dichiarato solennemente il principio di uguaglianza tra tutti gli esseri umani (art.1); segue l'elencazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo, cui deve essere improntata l'azione delle associazioni politiche (art.2).

ridotto “a puro strumento di realizzazione dei fini individuali, poiché è nel non Stato che l’individuo perfeziona la sua personalità²⁹”.

I “diritti di seconda generazione³⁰”, invece, sono i c.d. *diritti sociali*, politici, economici. Essi traggono la loro origine dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’uomo del 1948, anche se già nella Costituzione francese del 1791 erano stati citati per la prima volta anche i diritti sociali, sia pure in forma embrionale. La *Dichiarazione* ha favorito, così scrive un autorevole internazionalista³¹, “l’emergere, anche se debole, tenue ed impacciato, dell’individuo, all’interno di uno spazio prima riservato esclusivamente agli stati sovrani”. I diritti della seconda generazione consistevano in richieste specifiche allo Stato e non più in semplici libertà da questo concesse³². Se i primi corrispondevano ad un “non fare” dello Stato, i secondi pretendevano

²⁹ Bobbio, *Liberalismo vecchio e nuovo*, in *Mondo operaio*, 1981. L’autore sottolinea come attraverso la concezione liberale dello stato vengono finalmente rese consapevoli e costituzionalizzate, cioè fissate in regole fondamentali, la contrapposizione e la linea di demarcazione fra lo stato e il non-stato, e per non-stato si intende la società religiosa e in genere la vita intellettuale e morale degli individui e dei gruppi, e la società civile (o dei rapporti economici nel senso marxiano della parola). Il duplice processo di formazione dello stato liberale può essere descritto, da un lato, come emancipazione del potere politico dal potere religioso (stato laico) e dall’altro come emancipazione del potere economico dal potere politico (stato del libero mercato). Attraverso il primo processo di emancipazione lo stato cessa di essere il braccio secolare della chiesa, attraverso il secondo diventa il braccio secolare della borghesia mercantile e imprenditoriale. Lo stato liberale è lo stato che ha consentito alla perdita del monopolio del potere ideologico, attraverso la concessione dei diritti civili, fra i primi del diritto alla libertà religiosa e di opinione politica, e alla perdita del monopolio del potere economico, attraverso la concessione della libertà economica, e ha finito per conservare unicamente il monopolio della forza legittima, il cui esercizio peraltro è limitato dal riconoscimento dei diritti dell’uomo, e dai vari vincoli giuridici che danno origine alla figura storica dello stato di diritto. Attraverso il monopolio della forza legittima, perché regolata dalle leggi, lo stato deve assicurare la libera circolazione delle idee, e quindi la fine dello stato confessionale, e di ogni forma di ortodossia, e la libera circolazione dei beni, e quindi la fine dell’ingerenza dello stato nell’economia.

³⁰ Cfr. Pugliese, *Notazioni storiche sui diritti umani*, cit., pp.19 e ss.

³¹ Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, cit., p.143.

³² Tra questi diritti individuiamo il diritto all’istruzione, il diritto al lavoro, il diritto alla casa, il diritto alla salute.

dallo Stato medesimo un “fare positivo”, presupponendo un impegno maggiore, in quanto non era più sufficiente la semplice proclamazione o il riconoscimento del diritto in un testo costituzionale, essendo lo Stato obbligato a darne attuazione, predisponendo i mezzi idonei. In questo caso, si parla di diritti di matrice socialista, in contrapposizione con quelli di matrice liberale della prima generazione. Anche i diritti di seconda generazione, però, come è evidente, si collocano in un’ottica statale, in quanto sono sempre conquiste dei cittadini nei confronti dello Stato. I nuovi diritti civili devono essere garantiti ad ogni singolo individuo dallo Stato, il quale una volta concessi non potrà interferire nella sfera privata dei suoi cittadini. Tra questi diritti i più importanti sono: il diritto alla vita e al diritto all’identità personale³³, alla riservatezza, il diritto di manifestare liberamente la propria opinione³⁴, diritto alla salute³⁵. In

³³ Merita in proposito di essere segnalata la sentenza n.13 del 1994 (Corte Cost., 24 gennaio 1994, n.13, consultabile al sito: <http://www.giurcost.org/decisioni/1994/0013s-94.html>), dove si ribadisce che, all’interno della categoria dei diritti che costituiscono “il patrimonio irrinunciabile della persona umana, l’art.2 Cost. riconosce e garantisce il diritto all’identità personale. Essa costituisce dunque un bene per sé stessa; a ciascuno è, dunque, riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata, indipendentemente da qualsivoglia situazione sociale ed economica”. Va riconosciuta in proposito una specifica rispondenza nella giurisprudenza costituzionale, con la sentenza n. 1146 del 1988 (Corte Cost., 15 dicembre 1988, n. 1146, consultabile al sito: <http://www.giurcost.org/decisioni/1988/1146s-88.html>), dove si asserisce che “la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Questi principi, pur non essendo essenzialmente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana ed hanno, quindi, una valenza superiore rispetto alla altre norme di rango costituzionale.”

³⁴ In tale ambito sono da segnalare in giurisprudenza le affermazioni riguardanti la libertà di pensiero, intesa come valore centrale e caratterizzante dell’ordinamento costituzionale (Corte Cost., 19 febbraio 1965, n.9, consultabile nel sito: <http://www.giurcost.org/decisioni/1965/0009s-65.html>) ed essenziale ai fini dell’attuazione del sistema democratico (Corte Cost., 17 aprile 1969, n.84 e Corte Cost., 29 aprile 1985, 126, consultabili al sito: <http://www.giurcost.html>). Nella giurisprudenza costituzionale la libertà di manifestazione del pensiero si pone come diritto fondamentale dell’individuo. La Corte ha asserito che nella fase realizzativa della manifestazione del pensiero “l’informazione, nei suoi risvolti attivi e passivi, esprime non tanto una materia, quanto un presupposto insopprimibile per l’attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato

questo periodo si sviluppano, inoltre, a livello internazionale i diritti economico sociali. Si tratta di pretese che l'individuo vanta nei confronti dello Stato per ovviare alle diseguaglianze sociali, agli squilibri economici, agli svantaggi causati dalla natura. Tali richieste devono essere soddisfatte dallo Stato gradualmente e compatibilmente con le questioni economico strutturali.

Accanto ai diritti sociali, successivamente, sono nati i “diritti di terza generazione”, ossia i *diritti di solidarietà*. Si tratta di una categoria abbastanza eterogenea e tale da spingere parte della dottrina a tentare di suddividerla in alcune sottocategorie, come il diritto alla pace, il diritto allo sviluppo dei popoli, il diritto dell'ambiente, il diritto al patrimonio comune dell'umanità e alla sua conservazione. In questa categoria, iniziano a figurare diritti rivolti alla collettività: i destinatari sono interi popoli. Questi diritti hanno una connotazione di tipo solidaristico³⁶ in quanto ogni popolo ha delle responsabilità nei confronti degli altri popoli, in particolare nei confronti di quelli che si trovano in situazione di difficoltà. I diritti della terza generazione, come quello di vivere in un ambiente non inquinato, erano al di là dall'essere anche solo immaginati quando vennero proposti quelli della seconda

democratico” (Corte Cost., 2 ottobre 2003, n.312, consultabile nel sito: <http://www.giurcost.org/decisioni/2003/0312s-03.html>).

³⁵ In merito al diritto alla salute è stato più volte sottolineato che “*la tutela del diritto alla salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone*”; la Corte ha peraltro precisato (Corte Cost., 25 marzo 1998, n.267 e Corte Cost., 5 luglio 2001, n. 252, consultabili nel sito: <http://www.giurcost.org/decisioni/1998/0267s-98.html>;) che “*le esigenze della finanza pubblica non possono assumere nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana*” (Corte Cost., 7 luglio 1999, n. 309, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1999/0309s-99.html>).

³⁶ Rientrano in questa categoria anche quei diritti che tutelano categorie di persone ritenute particolarmente deboli ed esposte a pericoli di violazione dei loro diritti: si tratta, ad esempio, dei diritti dell'infanzia e dei diritti della donna.

generazione, così come diritti quali l'istruzione o l'assistenza non erano neppure concepibili quando furono emanate le prime dichiarazioni settecentesche. Certe richieste nascono soltanto quando nascono determinati bisogni. Nuovi bisogni nascono in corrispondenza del mutamento delle condizioni sociali, e quando lo sviluppo tecnico permette di soddisfarli³⁷.

Accanto a questa tradizionale partizione dei diritti, si ritiene sia nata di recente una quarta generazione di diritti: quella dei c.d. "nuovi diritti". I diritti di quarta generazione sono quelli relativi, per esempio, al campo delle manipolazioni genetiche, della bioetica e delle nuove tecnologie.

Un illustre studioso del diritto³⁸ afferma: "un'espressione come "nuovi diritti" dev'essere considerata, a un tempo, accattivante e ambigua. Ci seduce con la promessa di una dimensione dei diritti sempre capace di rinnovarsi, di incontrare in ogni momento una realtà in continuo movimento. Al tempo stesso, però, lascia intravedere una contrapposizione tra diritti vecchi e diritti nuovi, come se il tempo dovesse consumare quelli più lontani, lasciando poi il campo libero ad un prodotto più aggiornato e scintillante. Si parla di generazioni dei diritti, e questa terminologia, identica a quella in uso nel mondo del computer potrebbe indurre a ritenere che ogni generazione di strumenti condanna all'obsolescenza. Ma il mondo dei diritti vive di accumulazione, non di sostituzione, anche se la storia e l'attualità sono fitte di esempi che mostrano come programmi deliberati di mortificazione della libertà

³⁷ Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p.14.

³⁸ Rodotà, *I nuovi diritti che hanno cambiato il mondo*, stralcio dell'intervento svolto al Teatro Carignano di Torino nell'ambito delle *Lezioni Norberto Bobbio. Etica e Politica*, Torino, 2004.

passino proprio attraverso la contrapposizione tra diverse categorie di diritti. Se ne enfatizzano alcune, per cancellare tutte le altre”.

Tale considerazione si dimostra appropriata se si assume come riferimento i c.d. “diritti digitali³⁹”, che sono diritti di nuovissima generazione. In tale ambito, l’ambiguità e i rischi messi in luce ed evidenziati dall’autorevole dottrina possono essere colti analizzando il Codice dell’Amministrazione digitale e più in particolare le norme relative al Capo I, Sezione II, che confermano come l’avvento delle nuove tecnologie abbia provocato la nascita di situazioni giuridiche nuove, che pretendono da un lato tutela giuridica e dall’altro lato rischiano di restringere il campo delle situazioni giuridiche più antiche, di non minore rilevanza.

1.2 Il diritto di accesso ad Internet

Il nuovo diritto scaturito dall’evoluzione tecnologica è “il diritto di libertà informatica, che manifesta un nuovo aspetto dell’antica idea della libertà personale e costituisce l’avanzamento di una nuova frontiera della libertà umana verso la società futura e che si viene a collocare nel prisma del costituzionalismo contemporaneo⁴⁰”.

³⁹ Il termine *diritti digitali* è indicativo della libertà degli individui di agire liberamente per mezzo del computer, di ogni periferica elettronica e delle comunicazioni via rete.

⁴⁰ Si tratta della nuova garanzia giurisdizionale del diritto pubblico latinoamericano. Frosini, *La libertà informatica: brevi note sull’attualità di una teoria giuridica*, in *Inf. e dir.*, 2008, p.87. L’autore sottolinea come la nuova forma di libertà personale deriva dall’esigenza di salvaguardare la persona umana dalla minaccia rappresentata dalla degenerazione del nuovo potere sociale, economico e giuridico, che è il potere informatico. Cfr. anche Ridola, *Libertà e*

Nella primigenia versione, risalente al 1981, la libertà informatica si configurava con una duplice accezione positiva e negativa.

La libertà informatica negativa esprime “il diritto di non rendere di dominio pubblico certe informazioni di carattere personale, privato, riservato”; la libertà informatica positiva, invece, esprime “la facoltà di esercitare un diritto di controllo sui dati concernenti la propria persona che sono fuoriusciti dalla cerchia della *privacy* per essere divenuti elementi di *input* di un programma elettronico; e dunque libertà informatica positiva, o diritto soggettivo riconosciuto, di conoscere, di correggere, di togliere o di aggiungere dati in una scheda personale elettronica⁴¹”.

Una attenta dottrina afferma che “il diritto di libertà informatica assume una nuova forma del tradizionale diritto di libertà personale, come diritto di controllare le informazioni sulla propria persona, come diritto dello *habeas data*⁴²”.

diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo, in *I diritti costituzionali*, a cura di Nania-Ridola, vol. I, II ed., Torino, 2006, p.3 e ss.

⁴¹ Frosini, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in *Privacy e banche dati*, a cura di Matteucci, Bologna, 1981, p.41.

⁴² Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in *Il diritto d'accesso ad Internet. Atti della Tavola Rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia (Roma, 30 novembre 2010)*, a cura di Pietrangelo, Napoli, 2011, p.28. Tale autore, inoltre, sottolinea come l'evoluzione giurisprudenziale ha riconosciuto e affermato questo nuovo diritto di libertà nei termini di protezione dell'autonomia individuale, come pretesa passiva nei confronti dei detentori del potere informatico, dei privati o delle autorità pubbliche. Con la nuova legislazione sulla tutela delle persone rispetto al trattamento dei dati personali, arricchita da una formazione europea, la nozione di diritto di libertà informatica ha trovato riconoscimento nel diritto positivo; ma nel frattempo ha subito una trasformazione, giacché il diritto di tutelare i propri dati si attua nei confronti di qualunque trattamento di essi, anche non elettronico; e ha subito altresì un mutamento del suo carattere, prima ispirato al principio della difesa dinanzi al potere informatico, ora considerato come un diritto attivo di partecipazione del cittadino al circuito delle informazioni. [...] La libertà di custodire la propria riservatezza informatica è divenuta anche libertà di comunicare ad altri le informazioni trasmissibili per via telematica, per esercitare così la libertà di espressione della propria personalità avvalendosi dei sistemi di comunicazione automatizzata.

Il fine dello *habeas data costituzionale* è quello di garantire proprio “la libertà informatica, come garanzia personale a conoscere e accedere alle informazioni personali esistenti nelle banche dati, a controllare il loro contenuto e quindi a poterle modificare in caso di inesattezza o indebita archiviazione o trattamento, nonché a decidere sulla loro circolazione⁴³”.

Con l’avvento della Rete, il diritto di libertà informatica “è diventato una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà *da* ma libertà *di*, che è quella di valersi degli strumenti informatici di ogni genere. È il diritto di partecipazione alla società virtuale, che è stata generata dall’avvento degli elaboratori elettronici nella società tecnologica: è una società dai componenti mobili e dalle relazioni dinamiche, in cui ogni individuo partecipante è sovrano delle sue decisioni⁴⁴”. Ci troviamo dinanzi ad una nuova forma di libertà, ossia quella di comunicare con chi si vuole, divulgando le proprie idee, i propri pensieri e i propri materiali, e la libertà di ricevere. Si delinea, così, una libertà di comunicare come libertà di trasmettere e di ricevere.

In questo contesto, imperniato di una concezione tecnologica della libertà di comunicazione, fanno fatica e tardano ad emergere i contenuti delle tradizionali libertà costituzionali, in particolare quella di comunicazione e quella di manifestazione del pensiero.

In questo ambito, la materia dei diritti fondamentali si presenta come un punto di incontro tra temi di grande importanza, tra cui la definizione di diritto

⁴³ Cfr. Roza Acuna, *Habeas Data costituzionale: nuova garanzia giurisdizionale del diritto pubblico latinoamericano*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2002, p.1923.

⁴⁴ Così Frosini, *L’orizzonte giuridico dell’Internet*, in *Il dir. dell’inf. e dell’inform.*, 2002, p.275.

soggettivo, il concetto di costituzione e il senso della democrazia. La democrazia del XXI secolo si presenta in una forma diversa da quella che era nei secoli precedenti: “mutano i significati di rappresentanza e di sovranità, avanza una nuova democrazia di massa, che rompe le cerchie chiuse delle *élites* al potere, obbligando per così dire i rappresentanti della volontà popolare a scendere sulla piazza telematica e a confrontarsi direttamente con i rappresentati, nelle nuove forme assunte dalla tecnico politica⁴⁵”. L’obiettivo della democrazia attuale, più di ogni altra cosa, nel campo dei diritti fondamentali resta quello di avviare una precisa commistione tra l’esperienza giuridica esterna, propria del cittadino cosiddetto normale e l’esperienza giuridica interna, propria degli operatori classici del diritto. Lo scopo si presenta molto ambizioso, ossia restituire al cittadino la consapevolezza del suo ruolo primario anche in questa fase di cambiamento del diritto.

Quando si utilizza l’espressione “diritti fondamentali” si fa riferimento generalmente alla dicitura “diritti umani”. Però, se da un lato, i diritti umani ambiscono all’universalizzazione, e sono protetti da regolazioni internazionali, dall’altro i diritti fondamentali non sono semplicemente diritti soggettivi, ma diritti soggettivi che svolgono un compito “funzionale” specifico di uno stato di diritto costituzionale.

⁴⁵ Frosini, *La libertà informatica: brevi note sull’attualità di una teoria giuridica*, cit., p.95; sulla questione, v. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, cit., pp.36 e ss ; dello stesso avviso *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, in *Internet e Privacy: quali regole?*, Atti del convegno organizzato dal Garante per la protezione dei dati personali, Roma, 1998, p. 12 e ss. Il quale, con riferimento ad Internet, lo definisce come “una forma che la democrazia può assumere, è una opportunità per rafforzare la declinante partecipazione politica. È un modo per modificare i processi di decisione democratica”.

All'interno della tematica in esame, questo lavoro intende approfondire proprio il problema della tutela dei nuovi diritti digitali, appartenenti ai cosiddetti diritti di quarta generazione, con particolare riguardo ad un diritto, il c.d. *diritto di accesso alla Rete*, che si configura attualmente come il diritto più innovativo, ma che sta tardando ad emergere come diritto fondamentale garantito.

Il contenuto del diritto di accesso telematico si prefigura non solo come più ampio rispetto alle forme tradizionali della libertà di comunicare, ma, anzi, sembra avere una funzione di supporto rispetto ad un ampio catalogo di diritti tradizionali. Ed è proprio il nuovo assetto delle telecomunicazioni che ha rafforzato l'idea e la necessità di ragionare sul diritto ad accedere alla Rete, da concepirsi "come una sorta di diritto-madre, rispetto a quello eventualmente da riconoscersi in ordine alla connessione ad *Internet*⁴⁶".

È giusto credere, come un'autorevole dottrina⁴⁷ ha specificato, che non si può sottovalutare il ruolo sociale dell'accesso telematico perché ciò equivale a non garantire a chiunque quelle condizioni necessarie, al tempo d'oggi, per stabilire le relazioni con gli altri individui e per assicurare il pieno svolgimento della propria personalità⁴⁸.

Fra i coni d'ombra che i giuristi segnalano nell'emersione del diritto di accesso ad Internet come diritto, si delinea la necessità di qualificazione di tale diritto,

⁴⁶ Costanzo, *Internet* (Diritto pubblico), *Digesto (Disc. Pubbl.)*, Appendice, Torino, 2000, pp.347 e ss.

⁴⁷ Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004; con gli stessi accenti: Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, p.164; Ferrajoli, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, pp. 18 e ss; Irti, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Scienza e insegnamento del diritto privato*, a cura di Scalisi, Milano, 2004, p.92.

⁴⁸ Cfr. artt. 2 e 3 della Costituzione (principio della dignità della persona umana e principio di eguaglianza sostanziale).

ossia se esso possa essere collocato all'interno dei diritti cardine enunciati dalla nostra Costituzione, specificando se trattasi di diritto fondamentale o di diritto sociale, oppure se esso debba ricevere un'autonoma regolamentazione giuridica.

1.2.1 Diritto di accesso alla Rete: diritto fondamentale o diritto sociale implicito nella Costituzione?

L'interprete che voglia seguire la prima strada non può non muovere dalla considerazione degli artt. 15 e 21 del nostro testo costituzionale.

Il fondamento di questi articoli risiede nella consapevolezza che a prescindere dal sesso, dalla razza, dalla religione professata, tutti hanno diritto non solo alla libertà di manifestazione del proprio pensiero, ma anche alla libertà d'informarsi. Questi elementi sono imprescindibili per un concreto sviluppo della personalità di ciascuno e, quindi, per un'autentica uguaglianza fra i cittadini e per la possibilità per ciascuno di partecipare alla vita sociale. L'art. 15 Cost. riconosce il diritto del singolo e delle formazioni sociali di comunicare il proprio pensiero ad uno o più soggetti determinati e nel contempo ne garantisce la segretezza.

La tutela costituzionale *ex art. 15* “si perde nella più ampia tutela della comunicazione in generale, quasi a comporre un ideale trittico con gli artt. 13 e

14 Cost. espressione della triplice dimensione (fisica, spaziale e spirituale) dell'inviolabilità della persona umana⁴⁹”.

L'ambito oggettivo di tutela dell'art. 15 è proprio quello della comunicazione privata, che consiste sia nella corrispondenza in senso stretto sia in qualsiasi altra forma di comunicazione interpersonale.⁵⁰

La libertà d'informazione è intesa come libertà non tanto di cercare e conseguire determinate notizie, quanto, essendo volta all'apprensione di conoscenza in generale, di utilizzazione delle fonti d'informazione, indipendentemente dalle notizie in esse contenute⁵¹.

Affinchè si possa parlare di comunicazione⁵², ai sensi della nostra Carta Costituzionale, rilevano l'*animus* del soggetto di mantenere segreta la comunicazione e la *determinabilità* dei soggetti cui questa è indirizzata.

⁴⁹ Cfr. Di Lello, *Internet e costituzione: garanzia del mezzo e suoi limiti*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 2007, p. 897; nello stesso senso Pace, *Commento all'art.15 della Costituzione*, in *Comm. Cost.*, a cura di Branca, Bologna, 1977, p. 80; Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 163, il quale pone in evidenza come l'art. 15 tuteli la comunicazione riservata tra soggetti, costituendo un diritto individuale che contempla la persona umana (libertà di circolare e soggiornare, libertà personale, libertà domiciliare). A riguardo si è espressa la Corte Costituzionale (Corte Cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Giur. Cost.*, 1991, 2914), mettendo in evidenza che dalla qualifica di inviolabilità si deduce che il diritto in questione rientra tra i valori supremi costituzionali, essendo strettamente attinente “il nucleo essenziale dei valori della personalità che inducono a qualificare come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana”.

⁵⁰ Al riguardo cfr. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit, p. 84.

⁵¹ Cfr. Loiodice, *Informazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1971, XXI, p.483.

⁵² La nozione di comunicazione secondo il dettato costituzionale, è caratterizzata dalla intersoggettività, vale a dire che il pensiero da comunicare deve essere formulato nella sfera di un soggetto mittente, verso la sfera di conoscenza di uno o più soggetti determinati. Ad esempio non sarà comunicazione un qualsiasi scritto, anche se redatto in forma epistolare destinato a rimanere come nota, fintantoché il soggetto che lo ha redatto non decida di farlo pervenire ad un altro soggetto determinato. Cfr. Esposito, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1958, pp. 22 e ss.

Bisogna, però, capire se il modello comunicativo creato da Internet possa rendere difficile la distinzione tra comunicazione privata (ambito dell'art. 15 Cost.) e manifestazione pubblica del pensiero, per la quale è prevista la tutela dell'art. 21 della Costituzione.

La maggior parte della dottrina ritiene che il mezzo *Internet* “potrà beneficiare, a seconda dei casi, delle garanzie dei mezzi di manifestazione del pensiero *sic e simpliciter* o delle ulteriori garanzie accordate ai mezzi di comunicazione interpersonale. Verrà, quindi, a ricadere nelle garanzie dell'art. 15 il pensiero diretto a determinati destinatari attraverso *software* che ne garantiscano la segretezza, al contrario non ci si troverebbe di fronte a comunicazione riservata nel caso in cui l'utente utilizzi forme che mirino alla manifestazione pubblica del proprio pensiero. Ed infatti, quando, nella comunicazione diffusa in un *forum*, in una *Chat* o in un *Blog* si potranno ben applicare le garanzie tipiche della libertà di manifestazione del pensiero o il regime della libertà di riunione⁵³”.

Qualora invece si volesse preferire un'interpretazione meramente letterale dell'art.21, la libertà di manifestazione del pensiero, la sua esistenza ed il suo esercizio “sarebbero rimesse a colui che esprime il proprio pensiero e, in particolare, al suo consenso, all'acquisizione di informazioni relative alla formazione e manifestazione del proprio pensiero. L'ambito d'azione della

⁵³ Cfr. Pubusa, *Diritto di Accesso ed Automazione*, Torino, 2006, pp. 890 e ss; a riguardo cfr. Cerri, *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 1996, pp. 345 e ss, il quale specifica che la riservatezza della comunicazione sarebbe tutelabile nei soli limiti della sua intrinseca natura e modalità di esplicazione ovvero nei limiti del mezzo impiegato, tale da conferirgli un carattere di privacy; Foix, *Informazione e diritti costituzionali*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 2000, p. 249, il quale mette in evidenza come le nuove tecnologie permettano ai singoli di modulare l'uso del mezzo di comunicazione in maniera che il messaggio può essere alternativamente messaggio al pubblico o messaggio privato.

libertà d'informazione sarebbe dunque determinato da un soggetto diverso dal suo titolare, e la tutela sarebbe meramente occasionale, intervenendo solo qualora venga violata la libertà d'espressione⁵⁴”.

Chiedersi se sia possibile fare appello a un diritto che appare solo proclamato, ma non anche “protetto”, è chiedersi se un diritto “esiste”, anche nel caso che l'ordinamento non abbia predisposto per esso una precisa formazione.

Le disposizioni che codificano diritti fondamentali sono solitamente formulate in termini estremamente generici ed indeterminati. Di fronte a cataloghi di diritti così formulati, sorge il dubbio che è forse inevitabile che i diritti fondamentali siano proclamati in disposizioni formulate in maniera generica e indeterminata⁵⁵.

Così, l'individuazione di un nuovo diritto, come il diritto di accesso, può essere conseguita tramite una semplice lettura non restrittiva delle tipologie di base dei diritti fondamentali. Si potrebbe ammettere che i diritti fondamentali configurino un *genus* dotato di una capacità espansiva intrinseca, che si duplica al suo interno nel rispetto delle direttrici implicite alla categoria. Infatti, i diritti fondamentali esistono prima dello Stato e per ciò non dipendono dalla legge,

⁵⁴ Cfr. Pubusa, *Diritto di Accesso ed Automazione*, cit., p. 898, che specifica che “colui che si esprime potrebbe individuare, a sua discrezione, coloro che, fra i destinatari del proprio pensiero, sono legittimati a raccogliere informazioni: poiché gli interessi di queste categorie di soggetti ben possono essere confliggenti, è evidente che siffatta costruzione potrebbe legittimare discriminazioni fra chi intende informarsi, a fronte dell'espressione del pensiero altrui. Tale arbitrio non avrebbe alcun rimedio, essendo quest'ultima posizione tutelata solo occasionalmente, in quanto mero riflesso dell'altrui libertà di espressione”. Cfr. al riguardo, Corasaniti, *Diritti nella rete. Valori umani, regole, interazione tecnologica globale*, Milano, 2006, pp. 46 e ss; Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009; Viggiano, *Internet. Informazione, regole e valori costituzionali*, Napoli, 2010.

⁵⁵ Cfr. Ferrajoli, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 2771-2816; Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 257-279; Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 384; Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale comune*, Bologna, 2002, p.60.

anzi costituiscono un limite alla libera produzione normativa. In ordinamenti giuridici dotati di costituzione lunga e pluralista, le disposizioni che codificano diritti fondamentali sono solitamente formulate in termini estremamente generici ed indeterminati. Una disciplina costituzionale che prevedesse diritti fondamentali in termini rigorosamente circostanziati risulterebbe irragionevole. Così, il diritto fondamentale implicito potrebbe essere considerato il presupposto di alcuni diritti fondamentali espliciti: questi ultimi non si spiegherebbero se non si affermasse il primo. Nell'ordinamento costituzionale italiano, peraltro, la creazione di diritti fondamentali impliciti è ampiamente agevolata dalla presenza dell'art.2 della Costituzione, solitamente interpretato come meta-norma che autorizza l'individuazione di tutti i diritti che si considerano essenziali allo sviluppo della persona umana⁵⁶.

Da questa impostazione potrebbe discendere un'interpretazione ampia e sistematica non solo dell'art. 21, ma di tutti i precetti costituzionali relativi alla problematica dell'informazione, in modo da rendere la relativa libertà autonoma e distinta dalla libertà di manifestazione del pensiero: ciò, però, non significa negare le naturali connessioni che uniscono l'espressione del pensiero all'acquisizione di conoscenza, ma individuare un'impostazione che, distinguendo i regimi giuridici, le valorizzi entrambe, cosicché esse possano rafforzarsi reciprocamente.

Alla luce di questa interpretazione, l'art.21 Costituzione potrebbe essere letto come se fosse scritto nel modo seguente: tutti hanno diritto di usare ogni fonte

⁵⁶ Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p.103.

di informazione (ed *Internet* si presenta come un grande mezzo di diffusione delle informazioni) disponibile per diffondere il proprio pensiero⁵⁷.

Quanto finora detto, quindi, non si oppone all'estensione del regime costituzionale già esistente al mezzo *Internet*, posto che l'inciso di chiusura dell'art. 21, ossia <<ogni altro mezzo di diffusione>>, ha permesso alla norma costituzionale di sopravvivere all'avvento dei nuovi mezzi di comunicazione di massa⁵⁸.

La libertà dell'art. 21 Cost. è garantita, secondo il tenore letterale dello stesso articolo, a <<chiunque>>, e ne deriva che l'accesso al mezzo deve essere riconosciuto a tutti, a prescindere dalla condizione sociale, dal luogo geografico di appartenenza.

Potrebbe quindi non sussistere nessun ostacolo all'applicazione della norma costituzionale al mezzo telematico. Peraltro, se si considera che l'estensione della libertà di espressione è condizionata non solo dal contenuto del

⁵⁷ Dello stesso avviso Loiodice, *Libertà di comunicazione e principi costituzionali*, in *Trattato di diritto costituzionale*, Padova, 1999, XXVIII, pp.9 e ss. Così si esprime anche Rodotà, *Nuova cittadinanza, nuovi diritti*, in *Tecnopolitica*, Roma- Bari, 1997, p.67 e ss., il quale rileva come la libertà d'accesso all'informazione, che si traduce in conoscenza, sia una componente indefettibile del concetto di cittadinanza, sicché qualunque limitazione a quella si risolve in una limitazione a questa: la libertà in questione è dunque da intendersi non solo come un diritto, ma come un servizio universale, per cui non basta il superamento della censura, ma è necessario che il pubblico potere ponga in essere comportamenti attivi, aprendosi alle richieste dei cittadini e predisponendo misure organizzative adeguate per soddisfarle.

⁵⁸ La dottrina ha sempre fornito un'interpretazione estensiva della norma tale da farvi ricadere qualsiasi mezzo avesse idoneità a divulgare il pensiero. Al riguardo cfr. Corrias Lucente, *Internet e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 2000, p. 597 e ss.; De Martini, *Telematica e diritti della persona*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 1996, pp. 641 e ss; Cerri, *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, cit., pp.345 e ss; Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p.36. Sul punto anche cfr. Pace-Manetti, *Rapporti civili: art.21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 2006.

messaggio, ma anche dal mezzo con la quale è esercitata, forse il mezzo *Internet* realizza meglio di altri lo spirito della norma costituzionale⁵⁹.

La prospettiva delineata fin qui si riferisce alla manifestazione del pensiero.

Diversa è invece la prospettiva del <<navigatore>> del Web, di colui cioè che utilizza *Internet* per ricercare notizie. In questo caso l'attività svolta dall'utente non rientra in un'attività di manifestazione del pensiero in senso stretto, e tuttavia può farsi ricadere ugualmente sotto il regime dell'art.21 in virtù del corollario del principio del diritto di informazione.

Infatti, dalla libertà di informazione discendono, come corollari, il diritto ad informarsi, inteso come diritto a ricercare informazioni, ossia il diritto di accesso alle informazioni attraverso ogni mezzo telematico e non che le contiene, e il diritto ad essere informati, ossia il diritto alla disponibilità delle fonti informative. Questi due corollari, data la loro essenza, non possono

⁵⁹ Vedesi al riguardo quanto riferisce Di Lello, *Internet e Costituzione: garanzia del mezzo e suoi limiti*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 2007, p. 895 e ss. L'autrice specifica che mentre il mezzo parola è a disposizione di tutti, ma di per sé inidoneo a raggiungere l'intera collettività, non è lo stesso per i mezzi di comunicazione di massa che sono a disposizione di pochi, ma nel contempo sono capaci di raggiungere un pubblico amplissimo e di essere facilmente intesi da tutti. La radiodiffusione incontra poi il limite della ridotta disponibilità del mezzo etere, mentre la stampa incontra dei costi, in particolare per la diffusione. La telematica offre, invece, la possibilità di superare le barriere legate alla limitatezza o ai costi di accesso al mezzo, mentre offre la possibilità di diffusione del messaggio ad un pubblico potenzialmente illimitato. Dello stesso avviso Costanzo, *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in *Inf. e dir.*, 1997, II, p.35, che ribadisce che la stampa e la televisione, infatti, hanno mostrato tendenze concentrazionistiche, potenzialmente centrifughe rispetto al pluralismo; la cinematografia, il teatro e gli altri mezzi di spettacolo, parimenti, non sono alla portata di tutti; la semplice parola orale, l'unico veicolo che tutti possono usare, non può contare di per sé su un pubblico vasto. La rete Internet evade tutte queste problematiche, tanto da ricadere nel paradigma dell'art. 21 Cost., in modo pieno ed esaustivo, potendo fruire sia della garanzia prevista per il messaggio, sia di quella, del tutto corrispondente, prevista per il mezzo. Ciò se sotto il primo profilo omologa senz'altro Internet agli altri mezzi espressivi, non tollerando limiti contenutistici diversi da quelli costituzionalmente previsti, sotto il secondo profilo configura la rete come uno strumento di fatto dotato di una diffusività massima, refrattario in punto di diritto a qualsiasi indirizzo monopolista, oligopolista o soltanto dirigista.

esistere se non correlati nel senso che “ il primo non può esistere senza il secondo, e quest’ultimo non avrebbe ragion d’essere senza l’altro⁶⁰”.

Quindi, in riferimento al mezzo telematico, quando si parla di diritto ad informarsi non si intende fare riferimento ad un diritto attribuibile al soggetto a ricevere informazioni di un determinato contenuto, ma all’assenza di limiti all’accesso alla Rete per cercare notizie già presenti e disponibili sul *Web*. Non quindi, una pretesa, ma una semplice libertà del soggetto che trova come unica garanzia il non vedersi impedito l’accesso⁶¹.

Sotto questo punto di vista il diritto a navigare in Internet sarebbe parimenti garantito come diritto a ricercare informazioni, in quanto “corollario necessario e imprescindibile della libertà d’informazione, ma la garanzia non coprirebbe la ricerca di informazioni che non siano disponibili⁶²”.

La libertà informatica non si esaurisce però solo nella dimensione della comunicazione e dell’informazione. Essa abbraccia anche la libertà politica e l’organizzazione istituzionale, che ingloba nel suo alveo anche la fruizione dei

⁶⁰ Cfr. Foiss, *Informazione e diritti costituzionali*, cit., p. 266, il quale distingue fra diritto a ricercare informazioni disponibili, cioè non sottratte alla ricerca e all’accesso, e informazioni indisponibili: il diritto a ricercare ha un fondamento costituzionale solo rispetto alle prime, in quanto complementare diritto ad informarsi.

⁶¹ A sostegno di ciò, cfr. Corte cost., 2 aprile 1969, n. 84, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1175, che sancisce che un ordinamento non può funzionare liberamente in mancanza di una libera circolazione delle idee. In questo senso la libertà sancita dall’art. 21 sarebbe <<pietra angolare>> dell’ordine democratico. Cfr. Rimoli, *La libertà dell’arte nell’ordinamento italiano*, Padova, 1992, p.17; Foiss, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, p.45 e ss; Frosini, *L’orizzonte giuridico di Internet*, in *Dir. dell’inf. e dell’inform.*, 2000, p. 275, il quale parla di un diritto suggestivo, il diritto di libertà informatica come pretesa positiva di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere, come diritto di partecipare alla società virtuale in cui ogni individuo è sovrano delle sue decisioni e può esprimere le proprie idee nella forma della libera comunicazione.

⁶² Foiss, *Informazioni e diritti costituzionali*, cit., p.275, il quale pone in evidenza come, anche quando esiste un giuridico interesse all’accesso, non si tratti in questo caso di un diritto relativo al libero rapporto di comunicazione informativa e che, di conseguenza, sia difficile ritenere che goda di una propria autonoma garanzia costituzionale.

servizi da parte degli utenti/cittadini. È manifesto, infatti, come il progresso tecnologico sia destinato a mutare sempre più gli apparati istituzionali sperimentati e come il processo democratico sia fortemente condizionato dal modo in cui circolano le informazioni, laddove cioè la possibilità di uso di queste da parte di tutti i cittadini si caratterizza per essere un prerequisito di quel processo. Così, la libertà informatica da slancio al principio democratico e a quello di imparzialità, che trovano la loro origine costituzionale innanzitutto nell'art. 3 della Costituzione, che dev'essere integrato dagli artt. 1 e 2 del medesimo testo costituzionale. Analizzando e seguendo il canale circolare che parte dall'art.1 e perviene all'art.3, si desumono i tre concetti chiave che indirizzano l'intero discorso: inclusione, partecipazione, politiche pubbliche. Queste locuzioni riflettono l'imperativo -principio vincolante- insito nell'art.3, 2° comma, che impone un collegamento costante fra fini e organizzazioni, tra valori fondanti costituzionalmente, e da cui consegue una struttura di poteri pubblici che a quei fini devono dare attuazione. L'art. 1, 2° comma stabilisce che la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme stabilite dalla Costituzione in forme plurime, per giungere all'art. 3, 2° comma che sancisce la rimozione degli ostacoli per consentire il pieno sviluppo della persona umana ai fini di una effettiva partecipazione alla vita politica, economica e sociale del Paese. È, quindi, un cerchio che si chiude: l'esercizio della sovranità, e in particolare dei diritti individuali, è in qualche modo finalizzato ad una relazionalità della persona che consenta una partecipazione piena, ossia una cittadinanza attiva e responsabile⁶³.

⁶³ Valastro, *Le garanzie di effettività del diritto d'accesso ad Internet e la timidezza del*

Il primo riscontro normativo e la prima rappresentazione dell'individuo, visto in questa nuova veste di cittadino digitale, si rinviene nel Codice dell'Amministrazione digitale (CAD), approvato con il d.lgs.82/2005. Questa normativa individua e disegna una *species* di cittadino digitale, che si adatta sia alle persone fisiche che alle persone giuridiche e che si erige su un doppio filo di diritti e obblighi, ossia il diritto di esigere dai pubblici uffici l'interazione in modalità digitale e l'obbligo per l'amministrazione di dotarsi di strutture adeguate per soddisfare la richiesta dell'utente. Tra le varie norme si sottolineano in tale sede quella sul diritto al procedimento amministrativo informatico, il diritto di effettuare pagamenti elettronici con le amministrazioni centrali, il diritto alla qualità dei servizi in termini di informazione e comunicazione tecnologiche, il diritto di comunicazione tramite posta elettronica. Questo nuovo rapporto nascente tra cittadino e amministrazione dev'essere inquadrato in un più ampio diritto sociale di cui lo Stato italiano si deve far portavoce per assicurare a tutti gli utenti la fruizione, presupponendo il diritto all'istruzione e all'accrescimento della cultura informatica. Questi ultimi diritti sono considerati dalla Corte costituzionale "corrispondenti a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso

legislatore italiano, in Il diritto d'accesso ad Internet. Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia 2010, cit., pp.47-48. Al riguardo v. anche Fichera, Spunti tematici intorno al nesso tra i principi di eguaglianza e di partecipazione di cui all'art.3, 2° comma, della Costituzione, in Aa. Vv., Strutture di potere, democrazia e partecipazione, Napoli, 1974, pp. 38 e 50. Tale autore sottolinea che il godimento dei diritti, a qualunque categoria essi appartengono (civili, sociali, politici), risulta di fatto condizionato dalla disponibilità di condizioni primarie necessarie per una effettiva e paritaria forma di partecipazione.

l'uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art.9 Cost.)⁶⁴”.

Il diritto di accesso, in questo modo considerato, si qualifica dunque come un diritto sociale strumentale⁶⁵, che consente l'utilizzo di altri diritti sociali tradizionali. Questa nuova forma di partecipazione, più che mostrarsi come una fase nuova nello sviluppo dei diritti, si configura come una modalità alternativa di accesso agli stessi⁶⁶. L'innovazione tecnologica ha, infatti, aperto la strada

⁶⁴ Vedi Corte cost., 21 ottobre 2004, n.307, (in *Giur. cost.*, 2004, pp. 3214 e ss), che ha considerato legittima costituzionalmente “la mera previsione di contributi finanziari, da parte dello Stato, erogati con carattere di automaticità in favore di soggetti individuati in base all'età o al reddito e finalizzati all'acquisto di *personal computer* abilitati alla connessione Internet, in un'ottica evidentemente volta a favorire la diffusione, tra i giovani e nelle famiglie, della cultura informatica”. Inoltre, l'intervento statale è stato ritenuto dalla Corte “corrispondente a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni anche al di là del riparto di competenze per materia tra Stato e Regioni di cui all'art.117 Cost.”. In tal senso, cfr. De Marco, *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Milano, 2008, pp.118 e ss. In proposito va ricordata anche una risoluzione del Parlamento europeo del 10 Aprile 2008 che obbliga gli Stati membri a “riconoscere che Internet è una vasta piattaforma per l'espressione culturale, l'accesso alla conoscenza e la partecipazione democratica alla creatività europea, che crea dei ponti tra generazioni nella società dell'informazione, e, conseguentemente, a evitare l'adozione di misure contrarie ai diritti dell'uomo, ai diritti civili e ai principi di proporzionalità, di efficacia e di dissuasione, come l'interruzione all'accesso ad Internet” (al riguardo cfr. Badocco, *Riflessioni sul diritto d'accesso a Internet nell'ambito del diritto dell'Unione europea*, in *Inf. e dir.*, 2009, p.153 e ss). Da non trascurare è, inoltre, la raccomandazione del marzo 2010 destinata al Consiglio riguardante il “rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet”, dove il Parlamento europeo afferma che Internet “dà pieno significato alla libertà di espressione” sancita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e “può rappresentare una straordinaria opportunità per rafforzare la cittadinanza attiva” (v. Raccomandazione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 destinata al Consiglio sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet (2008/2160 INI, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:117E:0206:0213:IT:PDF>).

⁶⁵ Per un quadro più ampio cfr. M. Pietrangelo, *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Milano, 2007, pp.145 e ss.

⁶⁶ “L'innovazione è costantemente assunta dal giurista o come fatto nuovo che può essere ricompreso nel vecchio con opportuni adeguamenti di quest'ultimo; o come fatto che stravolge il vecchio, rendendolo inadatto a disciplinare il nuovo problema, e che richiede perciò –prima che una nuova regola- una nuova dimensione speculativa, una nuova concettualizzazione/astrazione dell'esistente”; Camardi, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXVII, Padova, 2002, p.2. Sul punto cfr. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; Irti, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001.

ad un nuovo modo di intendere la cittadinanza. In sostanza, l'esercizio di molti diritti fondamentali è stato svincolato dal rapporto diretto tra il cittadino e gli apparati istituzionali, divenendo mediato da strumenti informatici che, per la loro stessa natura, si collocano al di fuori degli spazi fisici entro cui il rapporto tra il primo e i secondi ha comunemente luogo.

La cittadinanza elettronica, in virtù della sua natura immateriale, sembrerebbe offrire inedite opportunità di esercitare diritti civili e politici fino ad ora rimasti sulla carta e nondimeno di rivendicare nuovi tipi di diritti. Essa, così, disegna una nuova possibilità di esercizio di diritti sociali, economici e politici⁶⁷.

Com'è stato osservato, infatti, "la cittadinanza nell'era elettronica non solo presuppone un'alfabetizzazione informatica diffusa, ma richiede concrete possibilità di facile accesso alla Rete... Oggi la nuova cittadinanza è il diritto di non essere escluso dall'uso e dal beneficio delle strutture pubbliche e in particolare dall'uso delle risorse telematiche che queste strutture possono offrire. Inclusione e accesso sono momenti essenziali della nuova cittadinanza⁶⁸". Se, da un lato, vi sono coloro che hanno esaltato i vantaggi derivanti dalle implicazioni tecnologiche della Rete, affermando che essa sarà in grado, di per sé, di arricchire il proprio capitale umano e, in definitiva, di

⁶⁷ Ciò è già sancito dall'art.19 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo: "Ogni individuo ha il diritto alla libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere".

⁶⁸ Masucci, *Erogazione on line dei servizi pubblici e tele procedure amministrative*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p.991. Sul tema Cammarota, *Servizi pubblici in rete e applicabilità dei principi classici del servizio pubblico*, in *Inf. e dir.*, 2005, p.183 e ss; Marasso, *Manuale dell'e-government*, Milano, 2005; Pioggia, *Note sulla configurabilità di un servizio pubblico informatico*, in *Riv. quadr. dei serv. Pubbl.*, 2000, p.22 e ss.

migliorare le proprie possibilità di vita⁶⁹; dall'altro, vi è chi sottolinea⁷⁰ come la non omogenea diffusione di Internet tra la popolazione provocherà crescenti disuguaglianze, migliorando le prospettive di coloro che già si trovano in posizioni privilegiate e negando, al contempo, opportunità di avanzamento ai non privilegiati.

1.2.2 Libertà di informazione versus diritto di accesso ad Internet negli indirizzi delle Corti

I rilievi pocanzi delineati appaiono ulteriormente avvalorati dalle stesse posizioni assunte dalla Corte Costituzionale, allorchè questa ha espresso le proprie valutazioni costruendo le basi di un diritto dell'informazione che ha concorso ad arricchire il paradigma delle libertà costituzionali, anche alla luce di orientamenti espressi in ambito europeo.

Le linee guida tratteggiate della Corte hanno condotto ad accentuare il carattere fondamentale dell'art.21 della Costituzione, inteso come “pietra angolare della democrazia”, da un lato e, dall'altro lato, a perfezionare la scomposizione tra la disciplina dei contenuti e la disciplina dei mezzi della comunicazione di massa,

⁶⁹ Gargiulo, *L'inclusione esclusiva. Sociologia della cittadinanza sociale*, Milano, 2008, pp.10 e ss. Dello stesso avviso cfr. Ferrajoli, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, a cura di Zolo, Roma-Bari, 1994, pp.263 e ss; Cassese, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009, pp.259 e ss; Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, pp.61 e ss, il quale sostiene che stanno emergendo “dalla coscienza sociale, e a seguito dello sviluppo tecnologico, dei nuovi diritti fondamentali, i quali, sebbene non godano di un loro esplicito riconoscimento normativo, hanno un forte e chiaro tono costituzionale, che li colloca, implicitamente, all'interno della Costituzione, riservando all'interprete il compito di estrapolarli da essa”.

⁷⁰ Cfr. Fioravanti, *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo*, in *La nuova età delle Costituzioni*, a cura di Ornaghi, Bologna, 2000, pp.49 e ss. Al riguardo v. Hamelink, *La governance della comunicazione globale*, in *Comunicazione globale*, a cura di Padovani, Torino, 2001, pp 310 e ss. Al riguardo, cfr. Sica-Zeno Zencovich, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'Internet*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 2010, p.377e ss.

valutati come “servizi oggettivamente pubblici o comunque di pubblico interesse⁷¹”.

Negli indirizzi di questa giurisprudenza si è creato il presupposto secondo cui il “diritto dell’informazione” si è venuto sempre più a collegare con una teoria generale della democrazia. Da ciò si può affermare il significato di coesistenzialità che la Corte, in numerose pronunce⁷², ha riferito al rapporto tra la libertà di espressione usata ai fini informativi e la forma di Stato democratico, la cui essenza implica “pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime attraverso ogni mezzo di comunicazione, assenza di ingiustificati ostacoli legali alla circolazione delle notizie e delle idee”.

La dottrina⁷³ non ha mancato di evidenziare “il contenuto limitato e datato di tale disciplina, al punto da riferirsi ad essa come una sorta di miopia

⁷¹ Corte Costituzionale, 8 agosto 1977, n. 94, consultabile sul sito Internet <http://www.cortecostituzionale.it>, la quale afferma: “Non è dubitabile che sussista, e sia implicitamente tutelato dall'art. 21 Cost., un interesse generale della collettività all'informazione (sent. n. 105 del 1972; sent. n. 225 del 1974), di tal che i grandi mezzi di diffusione del pensiero (nella sua più lata accezione, comprensiva delle notizie) sono a buon diritto suscettibili di essere considerati nel nostro ordinamento, come in genere nelle democrazie contemporanee, quali servizi oggettivamente pubblici o comunque di pubblico interesse. Tuttavia, per quanto l'interesse pubblico all'informazione possa variamente articolarsi e diversificarsi territorialmente, in relazione a certi tipi di notizie e commenti, è comunque da escludere in materia una prevalenza dell'interesse regionale che possa giustificare (nel caso, in base all'art. 17, lett. i, dello Statuto siciliano) interventi legislativi della Regione, non importa se integrativi o suppletivi rispetto alla legislazione statale. Nè quella prevalenza potrebbe ravvisarsi nel carattere "locale" delle pubblicazioni cui la legge si riferisce. Va considerato inoltre che in tale materia confluiscono esigenze diverse (che, al limite, potrebbero anche essere tra loro contrastanti) anch'esse da rapportarsi al fondamentale principio di libertà di manifestazione del pensiero. Il quale (cfr. sentenza n. 105 del 1972) "implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali... alla circolazione delle notizie e delle idee"; ed implica altresì esclusione di interventi dei pubblici poteri suscettibili di tradursi, anche indirettamente, e contro le intenzioni, in forme di pressione per indirizzare la stampa verso obiettivi predeterminati a preferenza di altri. Ed anche perciò la competenza relativa deve ritenersi riservata allo Stato”.

⁷² Cfr. Corte cost., 9 giugno 1972, n.105, Corte cost., 6 aprile 1977, n. 94, consultabili sul sito Internet <http://www.cortecostituzionale.it>

⁷³ A tal proposito consultare, Cheli, *Libertà d'informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, reperibile in <http://www.cortecostituzionale.it/informazione/attiConvegniSeminari.asp>; al riguardo anche

istituzionale, per il fatto di aver preso di mira le esperienze del passato, ben più che le prospettive a venire”.

I Costituenti, quando affrontarono il tema della libertà di espressione e dei mezzi del suo esercizio, furono mossi dalla preoccupazione di rimuovere o limitare gli strumenti di controllo sulla stampa che erano stati diffusi dal regime fascista, quali l'autorizzazione, la censura o il sequestro degli stampati, piuttosto che tracciare le linee generali di un sistema dell'informazione definito in funzione dei possibili sviluppi di una democrazia pluralista, quale era quella che si andava costruendo. Ed è per questo motivo che nell'art.21 Cost. non è dato rivenire alcun riferimento a quei mezzi di comunicazione di massa che già allora risultavano affermati⁷⁴. Queste sono discrepanze, che - come ha evidenziato un'autorevole dottrina⁷⁵ - acquistano un rilievo ancora più evidente se veniamo “a comparare il contenuto dell'art. 21 con le formulazioni espresse in altre carte internazionali e costituzionali pressoché coeve alla nostra carta repubblicana”, quali quelle contenute nell'art.19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dalle Nazioni Unite nel 1948 (dove si riconosce il diritto di ogni individuo di “cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo”)⁷⁶ e nell'art. 10 della Convenzione europea per la

Costanzo, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, pag. 319 e ss.

⁷⁴ L'articolo 21 dedica quattro dei suoi sei commi specificamente alla stampa.

⁷⁵ Pace-Manetti, *Art. 21*, in *Comm. Cost.*, a cura di Branca-Pizzorusso, Bologna, 2006, pp. 160 e ss.

⁷⁶ Art. 19 “Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo”: “*Ogni individuo ha il diritto alla libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere*”.

salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, stipulata nel 1950⁷⁷, che ricomprende nella libertà di espressione “la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza possibilità di ingerenze da parte di autorità pubbliche”.

Il regime, ora delineato per la stampa, potrebbe essere esteso per analogia al mezzo Internet. In questa direzione possono soccorrere alcune pronunce giurisprudenziali. Tale, per esempio, la nota pronuncia del Tribunale di Milano⁷⁸ resa nella causa *Google versus Vivi Down*, che ha riconosciuto la posizione giuridica del *service provider* equivalente a quella di un editore di mass-media. La decisione trae origine dal fatto, occorso nel settembre 2006, per cui nella piattaforma *Google-Videos* era stato caricato un filmato, con protagonista un ragazzo *down* che veniva malmenato da alcuni compagni di scuola. Il filmato è stato lasciato sulla piattaforma per circa due mesi e visionato da circa cinquemila persone prima di venire rimosso dal *service provider* dopo una segnalazione della polizia giudiziaria. Il video coinvolgeva gli studenti che avevano maltrattato il ragazzo *down* e l'insegnante della

⁷⁷ Art.10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: “1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l'integrità territoriale o per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere”.

⁷⁸ Trib. Milano, 12 Aprile 2010, n.1972, in <http://www.altalex.com> . In merito Camera-Pollicino, *La legge è uguale anche sul Web. Dietro le quinte del caso Google-Vivi Down*, Milano, 2010; Sartor-Viola De Azevedo Cunha, *Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 2010, p.645.

scuola. Questi ultimi erano accusati di aver offeso la reputazione dell'associazione "Vividown" e dello studente disabile, ai sensi degli articoli 110, 2 comma e 385, commi 1 e 3 del cod. pen., e di aver omesso il corretto trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 167 del d.lgs. 196/2003. Il Tribunale di Milano ha condannato Google per uso non autorizzato ai fini commerciali di dati sensibili appartenuti ad altre persone, al pari di un editore di mass-media.

Accanto alle esperienze interne alle Corti del nostro Paese non si possono trascurare le pronunce straniere proprie del contesto statunitense e francese.

Tra le prime, deve essere ricordata una pronuncia della Corte Federale del distretto della Pennsylvania del 1996 (e in un secondo momento della Corte Suprema americana del 1997⁷⁹). L'antecedente della decisione è rappresentato dal *Communications Decency Act*⁸⁰, atto impugnato dinanzi alla Corte federale, nel 1996, il quale prevedeva sanzioni per gli utenti che immettevano in Rete contenuti considerati moralmente sconvenienti. Nella sentenza la Corte sosteneva che il libero utilizzo del Web è tutelato dal Primo Emendamento, relativo alla libertà di culto, parola e stampa, e che l'interesse a stimolare la

⁷⁹ Cfr. Zeno Zencovich, *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso Internet*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 1996, p.604. In merito v. Corte Suprema 521 US 844 (1997), in *Foro it.*, IV-2, 1998, pp. 23 e ss. La sentenza della *Supreme Court* non è stata assunta all'unanimità, poiché è stata data diversa opinione dal Giudice O'Connor e dal Chief Justice Rehnquist: cfr. Rehnquist, *Le dottrine costituzionali*, a cura di G. Buttà, Milano, 2008, pp.131 e ss; sul punto anche Fenwick-Phillipson, *Media Freedom under the Human Rights Act*, Oxford, 2006.

⁸⁰ Titolo V del *Telecommunications Act*, ossia la legge di riforma delle telecomunicazioni approvata dal Congresso nel 1996. La sentenza della Corte Federale della Pennsylvania si può consultare all'indirizzo Web: http://eff.org/pub/Censorship/Internet_censorship_bills/html/960612_aclu_v_reno_decision.html. Per i commenti della dottrina italiana v. Cerri, *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, in *Dir. dell'inf. e inform.*, 1996, pp.785 e ss; Costanzo, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, ivi, p.831 e ss; Bernini, *Profili della comunicazione nel diritto comparato*, Padova, 2001, pp.140 e ss.

libertà di espressione in una società democratica era superiore a qualunque preteso, non dimostrato, beneficio della censura. La Corte Suprema, investita della questione, convalidava la decisione dei giudici federali ed emanava la sentenza con la quale i giudici esprimevano osservazioni in merito ad Internet e più in particolare al rapporto tra Internet e le libertà costituzionali. Così, dopo un articolato dibattito i giudici della Corte Suprema confermavano la decisione di incostituzionalità della legge, poiché in contrasto con il Primo Emendamento della Costituzione, mettendo in tal modo in luce l'aspetto della manifestazione del pensiero anziché quello concernente la riservatezza e la segretezza della comunicazione. Importante, in tal senso, è l'inciso finale della motivazione: "I fatti accertati dimostrano che l'espansione di Internet è stata e continua ad essere, fenomenale. È tradizione della nostra giurisprudenza costituzionale presumere, in mancanza di prove contrarie, che la regolamentazione pubblica del contenuto delle manifestazioni del pensiero è più probabile che interferisca con il libero scambio delle idee piuttosto che incoraggiarlo. L'interesse a stimolare la libertà di espressione in una società democratica è superiore a qualunque preteso, non dimostrato, beneficio della censura". Dalla sentenza emerge pertanto il collegamento dell'accesso alla Rete all'esercizio delle libertà fondamentali. È opportuno precisare che la Corte Suprema, nell'utilizzare il Primo Emendamento come parametro di incostituzionalità della legge repressiva della libertà in Internet, lo ha fatto "rivivere dando ad esso un nuovo significato, che non è e non può essere quello originario, perché esso nell'età tecnologica protegge non solo il tradizionale diritto di libertà del pensiero, ma anche la libertà di parola elettronica, la libertà di stampa

elettronica, la libertà di riunione elettronica. Quindi, il primo emendamento alla Costituzione afferma e garantisce il diritto di libertà informatica, quale nuovo diritto di libertà costituzionale ricavabile dai tradizionali diritti e principi costituzionali, che vanno letti e interpretati nel contesto della società tecnologica⁸¹”.

Naturalmente, alla luce di quanto finora affermato, la figura del giudice sarà rafforzata e responsabilizzata sempre più, in quanto spetta ad essi la reinterpretazione della vecchia tradizione costituzionale alla luce dell'innovazione tecnologica. Quindi, ad essi tocca il compito di saper essere “giuristi nella società tecnologica, coinvolti all'interno di essa venendo ad abitare nel nuovo mondo dell'età dell'automazione ed a convivere con i problemi giuridici che da esso si originano. Questa nuova condizione dei giuristi, che partecipano ormai alle due forme di attività, l'umanistica e la tecnologica, rispecchia la condizione generale dell'uomo d'oggi⁸²”.

⁸¹ Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, cit., p.11. Sul punto v. Ziccardi, *La libertà di espressione in Internet al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Quad. cost.*, 1998, p.132. L'autore sottolinea “i motivi sono chiari: innanzitutto l'intera attività che si svolge in un sistema informatico *on-line* è solitamente quella di raccogliere, organizzare e distribuire l'*eletronic speech*, la parola elettronica degli utenti che utilizzano il sistema, e cioè inviando posta elettronica, *newsletter*, file di testo o documenti vari ad altre persone. Questa attività elettronica di ogni giorno è da tempo qualificata dalla Corte Suprema e dalle Corti Distrettuali come *speech* tanto quanto la parola tradizionale o le classiche pubblicazioni cartacee, protette senza dubbio dal Primo Emendamento”. Sulla dottrina americana, cfr. Sullivan-Gunther, *First Amendment Law*, New York, 1999, pp.453 e ss; cfr. anche Tribe, *The Constitution in Cyberspace. First Conference on Computer, Freedom and Privacy*, in <http://www.io.com/SS/tribe.html>. L'autore propone di introdurre il XXVII emendamento alla Costituzione, che dovrebbe prevedere: “la protezione garantita da questa Costituzione alla libertà di parola e alla libertà di stampa [...] deve essere interpretata nel senso che essa è sempre pienamente invocabile indipendentemente dal metodo tecnologico o dal mezzo di comunicazione attraverso il quale il contenuto dell'informazione è generato, conservato, alterato, trasmesso o controllato”. Cfr. altresì Whine, *The Far Right on the Internet*, in *The Governance of Cyberspace*, New York, 1997.

⁸² Frosini, *La libertà informatica come libertà costituzionale*, consultabile nel sito Web: http://www.unisob.na.it/e-unisob/eteca/innovazione/innovazione_4/innovazione_4_12.pdf.

Parimenti significativa è la seconda vicenda giurisprudenziale propria dell'ordinamento francese, che ha come protagonista il *Conseil Constitutionnel*⁸³. Il Consiglio costituzionale francese era chiamato a decidere sulla costituzionalità della legge n. 2009/669, detta Legge HADOPI⁸⁴, relativa alla diffusione e protezione delle creazioni in Internet. Il frammento che qui interessa è quello in cui il giudice costituzionale francese ha ritenuto l'accesso ad Internet alla stregua del principio di libertà di espressione, sancito dall'art.19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e dall'art.11⁸⁵ della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, tuttora in vigore nell'ordinamento francese. I giudici del *Conseil Constitutionnel*, partendo da tali dettati normativi, hanno potuto affermare che il

⁸³ Pronuncia n° 2009-580 DC del 10 giugno 2009. Al riguardo v. Votano, *Internet fra diritto d'autore e libertà di comunicazione: il modello francese*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 2009, p.524 e ss. Nella dottrina francese cfr. Marino, *Le droit d'accès à Internet, nouveau droit fondamental*, in *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 2045 e ss.

⁸⁴ Hodopi è acronimo di *Haute Autorité pour la diffusion de oeuvre set la protection des droits sur Internet* (Alta Autorità per la diffusione delle opere e la protezione dei diritti su Internet). Questa legge si prefigge tre compiti: 1) incoraggiare lo sviluppo dell'offerta legale e dell'osservazione dell'uso lecito ed illecito di opere e contenuti protetti dal diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettroniche, 2) proteggere tali opere e contenuti dalle minacce presenti sulle reti al pieno esercizio di detti diritti, 3) svolgere un'azione di regolamento e di vigilanza nel campo delle misure tecniche di protezione ed identificazione delle opere e contenuti all'interno delle reti di comunicazioni elettroniche.

⁸⁵ L'art. 11 sancisce: "La libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei più preziosi diritti dell'uomo. Ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo rispondere all'abuso di questa libertà nei casi contemplati dalla legge". Per i commenti a questo articolo v. Frosini, *1789: i diritti dichiarati sul serio*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, p.283 e ss. L'autore sottolinea la portata innovativa della norma anche ai giorni nostri, affermando che l'articolo "ha una formulazione, che fotografa in maniera chiara e lucida la libertà di informazione, e che si lascia ammirare per la sua essenzialità e attualità". Cfr. Passaglia, *L'accesso ad Internet è un diritto (il Conseil constitutionnel francese dichiara l'incostituzionalità di parte della c.d. legge anti file-sharing)*, in *Foro It.*, 2009, IV, p.473, il quale afferma: "i giudici hanno convenuto che, allo stato attuale dei media, data la diffusione dei servizi di comunicazione al pubblico *on-line*, nonché la crescente importanza di tali strumenti per la partecipazione alla vita democratica e per l'espressione di idee e opinioni, il diritto alla comunicazione include anche la libertà di accedere a tali servizi". Per la dottrina straniera: Verpeaux, *La liberté de communication avant tout. La censure de la loi Hadopi1 par le Conseil constitutionnel*, in *Semaine juridique*, 2009, pp.274 e ss.

diritto alla comunicazione include anche la libertà di accedere ai servizi di comunicazione *on-line*, gli strumenti per la partecipazione alla vita democratica e per l'espressione di idee e opinioni. Quindi, tra le libertà dell'individuo è incluso anche l'accesso alla Rete. Pertanto, secondo il Consiglio, la sanzione di disconnessione alla Rete per atti di pirateria informatica non può essere comminata con un'ordinanza amministrativa⁸⁶, ma è necessaria una decisione giudiziaria, come avviene per la limitazione delle altre libertà personali⁸⁷.

Inoltre, il testo originario della legge Hadopi sarebbe stato in contrasto con la posizione del Parlamento europeo, che nella raccomandazione Lambridis⁸⁸ invitava gli Stati ad escludere misure preventive e generalizzate dirette a limitare i diritti dei cittadini in Rete, tra le quali la disconnessione da Internet. In rispondenza alla raccomandazione Lambridis, nel maggio 2009 il Parlamento europeo ha suggerito l'adozione dell'emendamento n° 138/46, riguardante il pacchetto delle cinque direttive sulla trasformazione del settore

⁸⁶ Per porre freno al massiccio fenomeno del *download* illegale di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, si prevedeva l'inasprimento di misure di controllo e l'introduzione di un innovativo procedimento sanzionatorio volto a colpire l'utente di Internet che, in seguito a specifici controlli, fosse sospettato di possibili attività illecite. In quest'ultimo caso, l'utente avrebbe potuto ricevere, direttamente dal fornitore di accesso alla Rete, due messaggi di posta elettronica recanti la richiesta di interrompere le attività sospette. Nel caso di mancata osservanza di tale richiamo, la sanzione prevista consisteva nella sospensione da due mesi ad un anno dell'accesso ad Internet.

⁸⁷ La legge è stata ritenuta in conflitto con l'art. 11 della Dichiarazione del 1789, anche perché considerata la natura della libertà garantita dall'art. 11 il legislatore non poteva, qualunque fossero le garanzie che delimitano l'applicazione della sanzioni, affidare tali poteri a un'autorità amministrativa al fine di proteggere i diritti dei titolari del diritto d'autore. Quindi, prevedere e imporre la disconnessione da Internet senza la previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria confligge con l'art. 11 della Dichiarazione del 1789 e costituisce, pertanto, una violazione sproporzionata della libertà di espressione. In merito cfr. Bertolini, *La lotta al file sharing illegale e la dottrina Sarkozy nel quadro comparato: quali prospettive per libertà di espressione e privacy nella rete globale?*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2010, p.74 e ss. Per la dottrina francese, De Marco, *L'anonymat sur Internet et le droit*, Montpellier I, 2005.

⁸⁸ Raccomandazione sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet, approvata il 26 marzo 2009.

europeo delle telecomunicazioni (il *Telecom Package*) con lo scopo di individuare l'accesso ad Internet come un diritto fondamentale degli utenti finali. Questa corposa riforma europea delle telecomunicazioni è entrata in vigore nel nostro ordinamento con la legge n°337/2009.

1.2.3 Diritto di accesso ad Internet: necessità di una sua esplicita regolamentazione?

Ritroviamo in una recente sentenza della Corte di Cassazione un esempio di regolamentazione specifica ed attuale del diritto di accesso ad Internet.

La Suprema Corte⁸⁹ ha statuito che *blog, forum e newsgroup* non possano essere assimilati alla stampa, e di conseguenza, essi non potrebbero essere

⁸⁹Cass., 11 dicembre 2008, n. 10535, in <http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaPenale/SezioniUnite/SchedaNews.asp?ID=1409> : “...Il Collegio ritiene che esattamente il tribunale del riesame ha dichiarato che nel caso di specie non trova applicazione l'art.21, comma 3, Cost., secondo cui si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili, dato che la concreta fattispecie in esame non rientra nella più specifica disciplina della libertà di stampa...Gli interventi dei partecipanti al forum in questione, invero, non possono essere fatti rientrare nell'ambito della nozione di stampa, neppure nel significato più esteso ricavabile dall'art.1 della legge 7 marzo 2001 n°62, che ha esteso l'applicabilità n°62 delle disposizioni di cui all'art. 2 della legge 8 febbraio, n° 47 al prodotto editoriale, stabilendo che per tale, ai fini della legge stessa, deve intendersi anche il prodotto realizzato... su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico....Il difensore del ricorrente sostiene che la norma costituzionale dovrebbe essere interpretata in senso evolutivo per adeguarla alle nuove tecnologie sopravvenute ed ai nuovi mezzi di espressione del libero pensiero...I messaggi lasciati su un forum di discussione sono equiparabili ai messaggi che potevano e possono essere lasciati in una bacheca e, così come quest'ultimi, anche i primi sono mezzi di comunicazione del proprio pensiero o anche mezzi di comunicazione di informazioni, ma non entrano (solo in quanto tali) nel concetto di stampa, sia pure in senso ampio, e quindi ad essi non si applicano le limitazioni in tema di sequestro previste dalla norma costituzionale”.

assoggetti agli stessi obblighi ed avere gli strumenti di tutela previsti per tale mezzo di diffusione del pensiero.

Nel caso in esame, l'ADUC (Associazione per i diritti degli utenti e dei consumatori) metteva in dubbio la legittimità di un sequestro preventivo di alcuni stralci di pagine *Web* di un sito Internet in cui si rendevano manifesti messaggi ingiuriosi del comune sentimento religioso. La Corte di Cassazione, dopo aver esaminato il ricorso in esame, ha negato la possibilità di applicare la legge 8 febbraio 1948, n° 47.

In Italia, la questione della tutela della libertà di espressione in funzione della creazione di un diritto di accesso ad Internet sotto il profilo considerato è stata recentemente affrontata, in dottrina, da un autorevole giurista, Stefano Rodotà. L'illustre studioso, all'*Internet Governance Forum* di Roma, nel mese di novembre 2010 ha elaborato una proposta per l'adozione dell'articolo 21-*bis*⁹⁰, per far sì che Internet sia riconosciuto come diritto fondamentale di tutti i cittadini italiani.

La formulazione⁹¹ dell'articolo in questione recita: *"Tutti hanno eguale diritto di accedere alla Rete Internet, in condizione di parità, con modalità*

⁹⁰ La proposta è confluita in un disegno di legge costituzionale presentato al Senato il 6 dicembre 2010 dal senatore Paolo Di Giovan ed altri (S2485, "Introduzione dell'art.21-*bis* della Costituzione, recante disposizioni volte al riconoscimento del diritto di accesso ad Internet"). Dalla relazione illustrativa al ddl si evince come tale proposta sia volta a creare una "nuova opportunità per implementare i diritti costituzionalmente riconosciuti (art.2,3,4,15,21 e 42) affinché tutti i cittadini possano agire in condizione di uguaglianza, per promuovere i propri diritti (e conseguenti doveri) e poterne rivendicare dei nuovi per godere di un'arena elettronica da una parte neutrale e fruibile e per sviluppare un *frame work* legale che offra chiare disposizioni in termini di privacy e proprietà privata". Il ddl è stato assegnato alla Commissione affari costituzionali del Senato il 1° febbraio 2011, ma l'esame non è mai iniziato.

⁹¹ Su tale argomento cfr. le tesi di Rodotà, riprese in *Una costituzione per Internet?*, in *Diritti e sfera pubblica nell'era digitale*, a cura di Amoretti, num. speciale di *Pol. del dir.*, 2010, pp.337 e ss. Sullo stesso argomento v. Amoretti-Gargiullo, *Dall'appartenenza materiale*

tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale”.

L'art. 21-*bis*, così come proposto, andrebbe a completare l'art. 21, che già esiste e che garantisce la libertà di stampa. L'illustre autore ha sottolineato che un ampliamento della Costituzione, pur se della prima parte, si rende ormai necessaria. Infatti, l'apertura “verso un diritto ad Internet rafforza indirettamente, ma in modo evidente, il principio di neutralità della Rete e la considerazione della conoscenza in Rete come bene comune, alla quale deve essere garantito l'accesso⁹²”.

Analizzando il contenuto proposto per la nuova norma si possono cogliere i seguenti punti fondamentali:

- il nuovo articolo mette in luce la problematica del *digital divide* quando enuncia "con modalità tecnologicamente adeguate", e pone sullo Stato l'impegno al suo superamento.
- inoltre, tutti i cittadini, "in condizione di parità", devono avere accesso a Internet: devono poterlo fare "con modalità tecnologicamente adeguate", ovvero fornendo una linea ADSL quantomeno con una velocità minima garantita, senza che il costo di questa connessione ricada sui cittadini stessi ("che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale").

Questo può voler significare che lo Stato dovrebbe intervenire per colmare eventuali carenze infrastrutturali, laddove gli operatori dovessero decidere di non ritenere economicamente conveniente investire, e che lo Stato dovrebbe

all'appartenenza virtuale? La cittadinanza elettronica fra processi di costituzionalizzazione della rete e dinamiche di esclusione, in *Pol. del dir.*, 2011, pp.353 e ss.

⁹² Rodotà, *Una Costituzione per Internet*, cit., pp.10 ss.

decidere in anticipo i limiti di questo servizio e quali siano i soggetti coinvolti nel garantire la fornitura dello stesso agli utenti finali.

Se l'articolo 21-*bis* diventasse una realtà, Internet dovrebbe essere riconosciuto come diritto costituzionale e social-fondamentale di tutti i cittadini.

Questo diritto si porterebbe dietro il corollario delle disposizioni della Carta dei diritti, ora recepita dal Trattato di Lisbona che riconosce agli anziani (art.25) il diritto a “condurre una vita indipendente e partecipare alla vita sociale e culturale”, alle persone con diversa abilità (art.26) “il diritto a beneficiare di misure intese a garantire l’autonomia, l’inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità” e infine, a chi vive in territori remoti, “il diritto alla coesione sociale” (art.36).

Questo indirizzo non si configura come originale, ma è stato già introdotto in Finlandia dal luglio 2010. Tale Nazione ha consentito che le connessioni a banda larga diventassero un diritto per tutti i residenti.

Per raggiungere tale obiettivo, il Governo ha stabilito che tutti i *provider* fossero obbligati a fornire a ogni residente una linea a banda larga con una velocità minima di 1 Mbps, che entro il 2015 dovrà raggiungere i 100 Mbps.

Il Ministro per le Telecomunicazioni ha spiegato che: “I servizi Web non sono più solo intrattenimento. La Finlandia ha lavorato duramente per lo sviluppo della società di informazione e un paio di anni fa abbiamo scoperto che non tutti avevano un accesso. Ecco quindi la decisione di investire nello sviluppo: tanto più che per raggiungere la totalità dei residenti (il 96% già coperto) sembrerebbero mancare non più di 4mila edifici⁹³”.

⁹³ A riguardo cfr <http://www.eiumedial.com/>.

I metodi per la crescita della banda larga adottate dalla Finlandia hanno fatto affidamento primariamente alle forze di mercato, incoraggiando l'intervento dello Stato solo dove esso fosse strettamente necessario. Più nel dettaglio, anche nel caso in cui si fossero registrati fallimenti di mercato, i sussidi nazionali non potevano comunque eccedere un terzo della somma necessaria al progetto, con un tetto massimo di un altro terzo per i fondi europei e locali. Le forze private sarebbero, quindi, costrette a coprire almeno un terzo del costo del progetto.

Seguendo questa linea, la Finlandia è nella rosa dei Paesi Europei che hanno adottato una politica di sviluppo della banda larga coerente ed efficace. Il paese rientra, infatti, tra i primi dieci in Europa per tasso di penetrazione della banda larga, e occupa la prima posizione per livello di utilizzo delle tecnologie *broadband* nelle aziende⁹⁴.

Pur ritenendo che l'esplicita previsione del diritto di accesso alla Rete come diritto fondamentale, tramite un nuovo articolo aggiunto alla Costituzione, eliminerebbe in radice ogni problema in ordine all'esistenza e alla qualificazione giuridica del diritto in parola, si può ritenere -anche alla luce dell'orientamento giurisprudenziale esaminato- che la stessa non risulti strettamente necessaria.

Ritenere che debba essere presente una specifica disposizione di rango costituzionale significa, in buona sostanza, dubitare, se non negare, che allo stato questo diritto, con siffatti connotati, non sia configurabile nel nostro ordinamento. Di questo, in realtà, si deve dubitare fortemente.

⁹⁴ Fonte: elaborazione *I-com* su dati *europès Digital Competitiveness Report 2010*, in <http://www.i-com.it/AllegatiDocumentiHome/420.pdf>

CAPITOLO SECONDO

L'ACCESSO AD INTERNET E IL *DIGITAL* *DIVIDE*: UNA LETTURA DEL FENOMENO

"Internet as a catalyst for change:

access, development, freedoms and innovation"

IGF Kenia 2011

2.1 Accessibilità e "usabilità" di Internet

Il concetto di *usabilità* nasce negli anni '60 e comincia a svilupparsi nell'ambiente delle *Information Communication Technology* (ICT) dalla seconda metà degli anni '80. È, infatti, questo il periodo che segna l'ingresso del computer nell'uso di massa, come mezzo che coniuga l'intelligenza artificiale, l'informatica, l'economia. Cominciava, allora, a prospettarsi l'idea che il computer, con le sue interfacce *software* e *hardware*, potesse essere funzionale non solo alle esigenze di progettisti e programmatori ma anche a quelle di un utente generico.

Negli anni '90, la nascita di *Internet* ha accresciuto ulteriormente il raggio d'azione dell'*usabilità*, ampliandolo anche alla realizzazione dei prodotti destinati al *Web*.

L'ISO⁹⁵ ha rilasciato due normative standard sull'*usabilità*, che non sono riferite in maniera specifica al *Web*, ma in generale, all'ambito dell'*Human Computer Interaction*.

⁹⁵ La sigla ISO sta ad indicare l'Organizzazione internazionale per la formazione. Il termine ISO non è un acronimo, ma deriva dal greco *isos* che significa "uguale." Si tratta della più importante organizzazione a livello mondiale per la definizione di norme tecniche, fondata il 23 febbraio 1947. Membri dell'Iso sono gli organismi nazionali di standardizzazione di 157

La prima normativa -ISO/IEC 9126⁹⁶- propone un approccio alla qualità in modo tale che le società di *software* possano migliorare l'organizzazione e i processi e, quindi, di conseguenza, la qualità del prodotto sviluppato.

Le caratteristiche della seconda normativa -ISO 9241-11- sono state trasfuse anche all'ambito del Web. La ISO 9241-11 concepisce l'usabilità come dotata di tre requisiti base: efficacia (<< *the accuracy and completeness with which users can achieve their goals*⁹⁷>>); efficienza (<<*the amount of effort users need to put in to achieve their goals*⁹⁸>>); soddisfazione (quest'ultima definita << *how users feel about the system*⁹⁹>>).

L'elaborazione del concetto di usabilità del *Web* è, per la maggior parte, legata a studiosi come Nielsen¹⁰⁰, Tognazzi¹⁰¹ e Krug¹⁰². Le euristiche e i principi da

Paesi del mondo In Italia le norme ISO vengono recepite, armonizzate e diffuse dall'UNI, il membro che partecipa in rappresentanza dell'Italia all'attività normativa dell'ISO.

⁹⁶ La normativa ISO/IEC 9136, "*Information technology – Software product evaluation – Quality Characteristics and guidelines for their use*", definisce l'usabilità con i seguenti attributi: comprensibilità, apprendibilità e operabilità.

⁹⁷ Cfr. Baecker-Buxton, *Readings In Human-Computer Interaction: a multidisciplinary Approach*, 1987, Los Altos CA, pp.299 e ss. Gli autori specificano che attraverso l'accuratezza e la completezza di un sito Web, gli utenti possono raggiungere i propri obiettivi. La possibilità di misurarla, consiste nel quantificare quante volte, rispetto al numero totale dei tentativi, un campione di utenti ha raggiunto i propri obiettivi.

⁹⁸ *Ibidem*. Gli autori considerano l'efficienza come la quantità di sforzo che gli utenti devono utilizzare per raggiungere i propri obiettivi. L'efficienza può essere misurata quantificando le risorse spese per raggiungere gli obiettivi prefissati.

⁹⁹ Cfr. Norman Donald, *The invisible computer*, Cambridge, 1998. Gli studiosi che si occupano della materia considerano la soddisfazione da un punto di vista psicologico, ossia come gli utenti si sentono sul sistema.

¹⁰⁰ Nielsen, *Tewm Usability Heuristics*, Indianapolis, 1994, pp.4 e ss.

¹⁰¹ Tognazzi-Bruce, *First Principles of Interaction Design*, in <http://www.asktog.com/basics/firstPrinciples.html>. In questo scritto, gli autori espongono 16 principi sull'usabilità, che sono più tecnici ed articolati di quelli elaborati da Nielsen.

¹⁰² Krug, *Don't make me think. A Common Sense Approach to Web Usability*, Berkeley, 2006, pp.209 e ss.

loro enunciati sono nati dall'esportazione in ambiente *Web* delle esperienze della *Human Computer Interaction*.

Gli autori pongono la loro attenzione sull'aspetto della visibilità degli elementi dell'interfaccia: scelte cromatiche, disposizione visiva degli elementi, navigabilità dell'interfaccia, leggibilità e visibilità degli elementi della navigazione.

Affinchè un sito *Web* sia usabile, l'interfaccia delle pagine non deve essere posta all'attenzione cosciente dell'utente, facilitando, in questo modo, l'accesso alle informazioni e ai servizi¹⁰³.

¹⁰³ Prendendo come riferimento il decalogo di Nielsen (Cfr. Nielsen, *Tewn Usability Heuristics*, cit., pp.8 e ss), i principi basilari per realizzare un sito usabile e, di conseguenza, accessibile, sono:

- 1) *Visibility of system status: the system should always keep users informed about what is going on, through appropriate feedback within reasonable time.*
- 2) *Match between system and the real world: the system should speak the users language, with words, phrases and concepts familiar to the user, rather than system-oriented terms. Follow real-world conventions, making information appear in a natural and logical order.*
- 3) *User control and freedom: users often choose system functions by mistake and will need a clearly marked emergency exit to leave the unwanted state without having to go through an extended dialogue. Support undo and redo.*
- 4) *Consistency and standards: users should not have to wonder whether different words, situations, or actions mean the same thing. Follow platform conventions.*
- 5) *Error prevention: even better than good error messages is a careful design which prevents a problem from occurring in the first place. Either eliminate error-prone conditions or check for them and present users with a confirmation option before they commit to the action.*
- 6) *Recognition rather than recall: minimize the user's memory load by making objects, actions, and options visible. The user should not have to remember information from one part of the dialogue to another. Instructions for use of the system should be visible or easily retrievable whenever appropriate.*
- 7) *Flexibility and efficiency of use: accelerators – unseen by the novice user- may often speed up the interaction for the expert user such that the system can cater to both inexperienced and experienced users. Allow users to tailor frequent actions.*
- 8) *Aesthetic and minimalist design: dialogues should not contain information which is irrelevant or rarely needed. Every extra unit of information in a dialogue competes with the relevant units of information and diminishes their relative visibility.*
- 9) *Help users recognize, diagnose, and recover from errors: error messages should be expressed in plain language, precisely indicate the problem, and constructively suggest a solution.*

Help and documentation: even though it is better if the system can be used without documentation, it may be necessary to provide help and documentation. Any such information should be easy to search, focused on the user's task, list concrete steps to be carried out, and not be too large.

Lo studio di interfacce usabili è parte fondamentale della storia del personal computer e di conseguenza della volontà degli esperti del settore di creare interfacce di ipertesto utilizzabili da chiunque vi voglia accedere. Infatti, se consideriamo l'usabilità come quella particolare proprietà che permette al visitatore del sito di esplorarlo in profondità, trovando sempre tutte le informazioni desiderate senza mai sentirsi in balia del caso, si traccia una linea di confine non del tutto nitida tra il concetto di usabilità e quello di accessibilità.

È importante, quindi, considerare l'usabilità come principale linea guida nella pratica dell'accessibilità: è, in altri termini, necessario pensare all'usabilità in termini di una *usabile accessibilità*.

La nascita del concetto di accessibilità è collocabile negli anni '90, quando il *Web* acquista le sue caratteristiche di fenomeno di massa e si avvia il *boom* del suo utilizzo.

Mentre il concetto di usabilità si riferisce, come affermato pocanzi, alla semplicità d'uso del sito, cioè alla facilità con cui l'utente esplora il sito e trova le informazioni, l'accessibilità si riferisce all'organizzazione dei contenuti e degli strumenti che devono garantire una facile navigazione all'interno del sito, identica per tutti gli utenti e, quindi, anche per quelli che effettuano il collegamento esclusivamente da tastiera senza l'uso del *mouse*, con *screen reader*¹⁰⁴, con *browser*¹⁰⁵, con dispositivi *handheld*¹⁰⁶. Una definizione di

¹⁰⁴ Lo *screen reader* (lettore dello schermo) è un'applicazione software che identifica ed interpreta il testo mostrato sullo schermo di un computer, presentandolo ad un utente affetto da handicap visivo tramite sintesi vocale o attraverso *display brail*. Gli *screen reader* sono utilizzati da persone con problemi parziali o totali di vista.

accesso si ritrova nell'art.1 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, in base al quale per accesso si intende: *“il fatto di rendere accessibili risorse o servizi di un operatore a determinate condizioni, su base esclusiva o non esclusiva, per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica; comprende, tra l'altro, l'accesso: agli elementi della Rete e alle risorse correlate, che può comportare la connessione di apparecchiature con mezzi fissi o non fissi, ivi compreso in particolare l'accesso alla Rete locale nonché alle risorse e ai servizi necessari per fornire servizi tramite la Rete locale; all'infrastruttura fisica, tra cui edifici, condotti e piloni; ai pertinenti sistemi software, tra cui i sistemi di supporto operativo; ai servizi di traduzione del numero o a sistemi che svolgano funzioni analoghe; alle reti fisse e mobili, in particolare per il roaming tra operatori mobili; ai sistemi di accesso condizionato per i servizi di televisione digitale; ai servizi di Rete privata virtuale.”*

Obiettivo dell'accessibilità è la possibilità di fruire delle informazioni presenti nelle pagine da parte del maggior numero possibile di persone, indipendentemente della disabilità psico-fisiche e dalle dotazioni *hardware* e *software* disponibili.

Alla luce di ciò, i requisiti fondamentali dell'accesso sono due: la risoluzione di ogni problema di accesso al *Web* per i disabili e la garanzia dell'universalità dell'accesso. Solo attraverso la concezione universale dell'accesso è possibile

¹⁰⁵ Il *browser* è un programma che consente di visualizzare i contenuti delle pagine dei siti web e di interagire con essi, permettendo così all'utente di navigare in Internet. Il *browser* è, infatti, in grado di interpretare l'HTML (codice con il quale sono scritte la maggior parte delle pagine *Web*) e visualizzarlo in forma di ipertesto. Il primo *browser* fu sviluppato da Tim Berners-Lee, che fu tra i primi precursori del concetto di *World Wide Web* e fondatore del W3C.

¹⁰⁶ *Handheld* è lo standard del consorzio europeo DVB- H (*Digital Video Broadcasting-Handheld*) per una modalità di radiodiffusione terrestre studiata per trasmettere programmi TV, radio e contenuti multimediali ai dispositivi *handheld*, come i più comuni *Smartphone*, i palmari, e i telefoni cellulari evoluti.

garantire la ricerca delle informazioni veicolate via *Internet* indipendentemente dagli strumenti adoperati per il collegamento, dalla lingua adoperata, dalla cultura propria di ogni fruitore della Rete, dalla collocazione geografica, dalla disabilità fisica o cognitiva. Solo in questo contesto è possibile raggiungere l'obiettivo "*to lead the Web to its full potential*¹⁰⁷".

Il motivo principale per realizzare un sito *Web* accessibile è di ordine sociale: tutti gli uomini sono uguali con i medesimi diritti e doveri.

Il primo emendamento sull'eliminazione di barriere all'accesso in materia risale al 1973, anno in cui il Governo degli Stati Uniti promulgò un provvedimento legislativo noto come *Workforce Rehabilitation Act*, destinato ad eliminare o ridurre barriere di varia natura che ostacolassero un disabile nell'utilizzo dei servizi e delle informazioni forniti da agenzie federali, sia in quanto impiegato pubblico sia in quanto comune cittadino.

Nella *Section 508* di questa legge furono raggruppate una serie di direttive per l'eliminazione di barriere all'accesso alle informazioni e servizi nel campo della c.d. *Information Technology*¹⁰⁸. In tale articolo non vengono fissati direttamente i requisiti di accessibilità che gli uffici pubblici dovranno adottare.

Viene istituito un organismo tecnico, chiamato "*The Acces Board*¹⁰⁹", al quale

¹⁰⁷ Cfr. la *home page* del sito *web* del W3C, <http://www.w3c.org/>.

¹⁰⁸ Un primo emendamento dal contenuto non vincolante risale al 1986. Invece, un secondo emendamento, il *Workfource Investment Act*, entrato in vigore il 7 agosto 1998 con la firma dell'ex presidente Clinton, è oggi vincolante in materia di requisiti di accessibilità per ogni agenzia federale degli Stati Uniti.

¹⁰⁹ L'*Access Board* (noto come barriere architettoniche e trasporti *Compliance Board*) è un organismo indipendente del governo degli Stati Uniti dedicato all'accessibilità per le persone con disabilità. Creato nel 1973 per garantire l'accesso alle strutture finanziate da fondi federali, il Consiglio è ora una delle principali fonti di informazioni sulla progettazione elettronica e tecnologica dell'informazione. Fornisce, inoltre, assistenza tecnica e formazione su questi requisiti e sulla progettazione accessibile e continua a far rispettare gli standard di accessibilità

è delegato il compito di determinare operativamente gli standard di accessibilità necessari.

Il 21 marzo del 2000, come risultato del lavoro compiuto, l'*Acces Board* pubblica una bozza di linee guida per l'accessibilità. Dopo un periodo di valutazione, il 21 dicembre del 2000 tali proposte divengono legge a tutti gli effetti.

La *Section 508* si rivolge a enti federali ed enti governativi, attività sponsorizzate o sovvenzionate dal governo federale, progetti sviluppati da fornitori che lavorano per i dipartimenti federali e gli enti governativi e attività sponsorizzate da Stati che hanno adottato la regolamentazione¹¹⁰.

che riguardano gli impianti finanziati da fondi federali. Il consiglio è strutturato per funzionare come organo di coordinamento per rappresentare direttamente il pubblico, in particolare le persone con disabilità. La metà dei suoi membri sono rappresentanti della maggior parte dei dipartimenti federali. L'altra metà sono cittadini nominati dal presidente, in prevalenza tra le persone affette da disabilità.

¹¹⁰ Lo *standard* che interessa in questa sede è il *Web-based Intranet and Internet Information Applications* (1194.22)¹¹⁰, che contiene 16 linee guida:

- A) *Deve essere fornito un equivalente testuale per qualsiasi elemento non testuale;*
- B) *Alternative equivalenti per una presentazione multimediale devono essere sincronizzate con la presentazione;*
- C) *Le pagine Web devono essere organizzati in modo tale che tutte le informazioni veicolate per mezzo del colore siano rese disponibili anche senza l'uso del colore, per esempio tramite il contesto o il codice di marcatura;*
- D) *I documenti devono essere organizzati in modo tale che siano leggibili anche senza il ricorso ad un foglio associato;*
- E) *I collegamenti testuali ridondanti devono essere forniti per ciascuna regione attiva di una mappa del server;*
- F) *Devono essere fornite mappe immagine lato cliente invece che mappe immagini lato server, con eccezione dei casi in cui le regioni della mappa non possano essere definite tramite una delle forme geometriche disponibili;*
- G) *Per le tabelle di dati devono essere identificate le intestazioni di riga e di colonna;*
- H) *Un appropriato codice di marcatura deve essere usato per associare celle di dati e celle di intestazione in tabelle di dati che abbiano due o più livelli logici di intestazioni di riga o di colonna;*
- I) *I frame devono essere denominati con un testo che faciliti l'identificazione del frame e la navigazione;*
- J) *le pagine devono essere progettate in modo da evitare sfarfallamenti dello schermo che abbiano una frequenza maggiore di 2 Hz e minore di 55 Hz;*
- K) *Una pagina di testo con informazioni o funzionalità equivalenti, deve essere fornita affinché un sito Web sia conforme alle disposizioni di questa sezione, quando la conformità non può essere raggiunta in nessun altro modo. Il contenuto della pagina di solo testo deve essere aggiornato ogni volta che la pagina primaria viene modificata;*

Parallelamente alla *Section 508* si muovono i primi passi verso quella che viene definita la *Web Accessibility Initiative* (WAI¹¹¹) da parte del *World Web Consortium*¹¹² (W3C). Uno dei principali atti del W3C risale al 1999 con la nascita del progetto WAI, che ha l'obiettivo di studiare il *Web design*, in modo da individuare e suggerire i criteri che permettano di rendere i contenuti dei siti

-
- L) *Quando delle pagine utilizzano linguaggi script per visualizzare contenuti, o per creare elementi dell'interfaccia, le informazioni fornite per mezzo dello script devono essere identificate tramite testo funzionale che possa essere letto usando tecnologie assistive;*
 - M) *Quando una pagina web richiede che un applet, un programma accessorio integrato o un'altra applicazione sia presente sul sistema cliente per interpretare il contenuto della pagina, la pagina deve fornire un collegamento ad un programma accessorio integrato o ad un applet;*
 - N) *Quando dei moduli elettronici sono progettati per essere completati in linea, il modulo deve consentire alle persone che adoperano tecnologie assistive di accedere alle informazioni, ai campi e alle funzionalità richieste per il completamento e l'inoltro del modulo, incluse tutte le guide e i suggerimenti;*
 - O) *Deve essere fornito un modulo che permetta agli utenti di saltare collegamenti di navigazione ripetitivi;*
 - P) *Quando è richiesta una risposta temporizzata, l'utente ne deve essere avvisato e gli deve essere dato tempo sufficiente per segnalare che ha bisogno di un tempo più lungo>>. Cfr., http://www.diodati.org/scritti/2002/sec508_stamp.asp; Per il testo originale consultare il sito <http://www.access-board.gov/sec508/508standards.htm>, sotto il titolo: 1194.22 web-based intranet and Internet information and applications.*

¹¹¹ Pur essendosi molto ispirato al lavoro del W3C, la *Section 508* ha presentato alcune importanti differenze. A questo proposito, una nota delle sedici regole federali per l'accessibilità del Web precisa testualmente: 1. *L'Agenzia interpreta i paragrafi da (a) fino a (k) di questa sezione come compatibili con i seguenti punti di controllo di priorità 1 delle Linee Guida per l'accessibilità del contenuto Web versione 1.0, pubblicate dalla Web Accessibility Initiative del Word Wide web Consortium: paragrafi (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), (h), (i), (j), (k) corrispondono ai punti di controllo 1.1, 1.4, 2.1, 6.1, 9.1, 5.1, 5.2, 12.1, del WCAG 1.0. 2. I paragrafi (l), (m), (n), (o) e (p) di questa sezione differiscono da WCAG 1.0. Le pagine Web che sono conformi al livello A di WCAG 1.0 (che passano cioè tutti i punti di controllo di priorità 1) devono soddisfare **anche** i paragrafi (l), (m), (n), (o) e (p) di questa sezione per guadagnare la conformità.* In tal senso cfr. Linee guida tecniche per i programmi di creazione di contenuti culturali digitali. Versione italiana 1.8, a cura di G. De Francesco, Ministero per i beni e le attività culturali, Progetto MINERVAWP4 – Gruppo di lavoro italiano "Interoperabilità e servizi".

¹¹² Il W3C è l'organismo fondato nel 1994 da Tim Bernes-Lee allo scopo di sviluppare protocolli standard per il Web. Il consorzio nasce da una collaborazione tra il MIT (Massachusetts Institute of Technology) ed il CERN (European Organization for Nuclear Research) con i supporti del DARPA (U.S. Defence Advanced Research Project Agency) e della Commissione Europea. Il W3C è attualmente composto da circa 500 membri, tra cui anche lo Stato italiano, ed è dislocato fisicamente in tre università: il MIT, l'Istituto di Ricerca Nazionale di Francia e l'Università di Keio in Giappone. La missione del consorzio è essenzialmente quella di portare il Web al massimo delle sue potenzialità, e per questo i suoi membri studiano e mettono in atto tutti quei protocolli che possano facilitare ogni tipo di comunicazione, qualunque sia il tipo di hardware, software, lingua, posizione geografica oppure abilità fisica e mentale dell'utente.

Web accessibili agli utenti diversamente abili. Si pensa ad un nuovo modo di concepire lo sviluppo di pagine Web ispirato ai principi di progettazione universale, per permettere anche agli utenti disabili di accedere ai contenuti dei siti . Il WAI ha generato il WCAI (*Web Content Accessibility Initiative*) cui è stato demandato il compito di rilasciare documenti contenenti principi e linee guida cui attenersi per realizzare contenuti *Web* che siano accessibili al maggior numero di persone possibili. Le persone con disabilità possono incontrare difficoltà sia quando utilizzano i computer, sia anche quando navigano sul *Web*. Dal momento che le persone disabili spesso impiegano dispositivi e browser non-standard, creare siti *Web* più accessibili porterebbe benefici ad un gran numero di fruitori di Internet¹¹³.

Nel maggio del 1999, la WAI ha pubblicato le *Web Content Accessibility Guidelines 1.0*: si tratta di un documento che definisce degli standard per la costruzione di pagine *Web* che siano accessibili nella loro struttura e nel loro contenuto. Un utente con particolari esigenze, che utilizza un modo di presentazione adatto ad esse, evidenzierà in maniera diversa i cambi nella struttura del documento rispetto ad un altro con bisogni differenti. Nessuno dei

¹¹³ Il W3C ha proposto la *Web Accessibility* nel 1997 con l'approvazione da parte della casa Bianca e dei membri del W3C. È composta da differenti gruppi di lavoro e gruppi di interesse che si occupano di stilare linee guida, relazioni tecniche, strumenti di *authoring*, e strumenti di valutazione. Il gruppo stila le linee guida, sviluppa le tecniche e le risorse di supporto per gli strumenti di creazione di contenuti *Web*, dagli editor HTML ai *Content Management System*. I requisiti di accessibilità si applicano a due aspetti: l'interfaccia utente e il contenuto prodotto dallo strumento. Il gruppo di lavoro è composto da rappresentanti delle organizzazioni che producono strumenti di *authoring*, ricercatori ed esperti di accessibilità. Il gruppo di lavoro nel 2000 ha pubblicato le *Authoring Tool Accessibility Guidelines 1.0* e sta attualmente lavorando sulla Atag 2.0.

due, però, perderà le informazioni ad essa legate anche se dovesse disabilitare del tutto le varie tipologie di presentazione¹¹⁴.

Dal momento della pubblicazione delle “Linee Guida”, il Gruppo di lavoro che si è occupato della loro stesura ha raccolto tutta una serie di note e commenti sulla loro usabilità, applicabilità e comprensibilità. Tutti questi elementi hanno guidato lo sviluppo di una nuova versione delle raccomandazioni: le WCAG

¹¹⁴ Su questi concetti di tipo generale si basano le raccomandazioni e le “Linee Guida”. Esse sono quattordici e vengono di seguito riportate:

- 1) Fornire alternative equivalenti al contenuto audio e visivo: fornire un contenuto che, quando viene presentato all’utente, gli trasmetta essenzialmente la stessa funzione o scopo del contenuto audio o visivo.
- 2) Non fare affidamento sul solo colore: assicurarsi che il testo e la parte grafica siano comprensibili se consultati senza colore.
- 3) Usare marcatori e fogli di stile e farlo in modo appropriato: marcare i documenti con i corretti elementi strutturali. Controllare la presentazione con fogli di stile piuttosto che con elementi e attributi di presentazione.
- 4) Chiarire l’uso di linguaggi naturali: utilizzare marcatori che facilitino la pronuncia o l’interpretazione di testi stranieri o abbreviati.
- 5) Creare tabelle che si trasformino in maniera elegante: assicurarsi che le tabelle abbiano la marcatura necessaria per essere trasformate dai *browser* accessibili e da altri interpreti.
- 6) Assicurarsi che le pagine che danno spazio a nuove tecnologie si trasformino in maniera elegante: assicurarsi che le pagine siano accessibili anche quando le tecnologie più recenti non sono supportate o sono disabilite.
- 7) Assicurarsi che l’utente possa tenere sotto controllo i cambiamenti di contenuto nel corso del tempo: assicurarsi che gli oggetti in movimento, lampeggianti, scorrevoli o che si auto-aggiornano possano essere arrestati temporaneamente o definitivamente.
- 8) Assicurare l’accessibilità diretta delle interfacce utente incorporate: assicurarsi che la progettazione delle interfacce utente segua i principi dell’accessibilità (accesso alle diverse funzionalità indipendentemente dai dispositivi usati, possibilità di operare da tastiera, comandi vocali, ecc...)
- 9) Progettare per garantire l’indipendenza da dispositivo: usare caratteristiche che permettano di attivare gli elementi della pagina attraverso una molteplicità di dispositivi input.
- 10) Usare soluzioni provvisorie: usare soluzioni provvisorie in modo che le tecnologie assistive e i *browser* più vecchi possano operare correttamente.
- 11) Usare le tecnologie e le raccomandazioni del W3C: usare le tecnologie del W3C (in conformità con le specifiche) e seguire le raccomandazioni sull’accessibilità. Nei casi in cui non sia possibile usare una tecnologia del W3C, oppure se nell’utilizzarla si ottenesse materiale che non si trasforma in maniera elegante, fornire una versione alternativa del contenuto che sia accessibile.
- 12) Fornire informazioni per la contestualizzazione e l’orientamento: fornire informazioni per la contestualizzazione e l’orientamento, per aiutare gli utenti a comprendere pagine o elementi complessi.
- 13) Fornire chiari meccanismi di navigazione: fornire chiari e coerenti meccanismi di navigazione (informazione per l’orientamento, barre di navigazione, una mappa del sito, ecc...) per aumentare la probabilità che una persona trovi quello che sta cercando in un sito.
- 14) Assicurare che i documenti siano chiari e semplici: assicurarsi che i documenti siano chiari e semplici in modo che possano essere compresi più facilmente.

2.0. L'obiettivo è lo stesso delle WCAG 1.0. Oltre a questo, ne sono stati aggiunti degli altri, quali:

- Assicurare la compatibilità con le precedenti raccomandazioni. Una gran quantità di strumenti di valutazione e pubblicazione, di politiche di governi e di organizzazioni fa riferimento alla versione 1.0 delle “Linee Guida”: la nuova edizione non dovrà cambiare completamente la definizione di contenuto *Web* accessibile per poter garantire una certa continuità.
- Assicurare che i requisiti per la conformità siano chiari. La nuova versione deve specificare chiaramente quali sono le richieste minime per la conformità dei documenti alle linee guida e queste devono essere verificabili; tutto ciò comporterà la fornitura, da parte del Gruppo di Lavoro, di tutta una serie di liste di punti di controllo specifici per ogni tecnologia, esempi e metodi per determinare la conformità.
- Assicurare la facilità nell'uso per i nuovi inserimenti nel *web*.
- Identificare chiaramente i beneficiari del contenuto *Web* accessibile. Si identificano quindi le categorie di persone disabili che trarranno vantaggi dalle varie soluzioni tecniche implementate.
- Assicurare l'applicabilità dei requisiti attraverso diversi tipi di tecnologie. Mentre le “Linee Guida” nella versione precedente sono state scritte principalmente per i documenti HTML, le regole della nuova edizione sono scritte in termini generici, così da assicurare la loro applicabilità a più di un linguaggio di marcatura o tipo di formato dei contenuti.
- Rivolgersi ad una platea di lettori sempre più eterogenea. Oltre agli sviluppatori di siti *Web* accessibili ci si intende indirizzare anche a coloro che

vogliono creare politiche particolari di accessibilità *Web*, agli sviluppatori di strumenti di pubblicazione, di valutazione e riparazione, di interpreti.

2.1.1 Cosa accomuna accessibilità e usabilità

Nel mondo dei fruitori di Internet capita spesso di vedere sovrapposti i concetti di usabilità e accessibilità.

In realtà le differenze tra usabilità e accessibilità risiedono primariamente nel *target* finale e nella natura del progetto.

In merito al *target* finale, l'accessibilità si rivolge a categorie d'individui come i disabili, i soggetti dotati di scarsi mezzi tecnologici, gli anziani. Attraverso l'accesso si deve fare in modo che il *web* debba essere fruibile ad un numero altissimo di utenti del mezzo, tendendo a raggiungere la totalità degli individui. L'usabilità, a differenza dell'accessibilità, può essere rivolta ad una specifica nicchia di mercato, ossia il *target* del progetto. Così un sito usabile potrebbe non essere anche accessibile a tutti, mirando a una specifica fascia d'utenza.

Per quel che riguarda la natura del progetto, l'accessibilità tende ad essere applicata a quei siti che si rivolgono ad una vasta gamma di utenti, come i siti governativi, quelli degli enti pubblici, i siti di interesse comune, riguardanti la salute, la cultura, la società.

Appare subito evidente che rendere "l'universo" che è contenuto in Rete accessibile a tutti è un'impresa molto impegnativa. Eppure, le linee guida della WAI sono molto razionali. Si fondano su un principio fondamentale: non tutti

vedono allo stesso modo tutto, ma il contenuto dovrebbe comunque essere reso accessibile a tutti.

Quindi, non solo un testo può essere reso accessibile ad un utente cieco attraverso un *browser* vocale che lo legga, ma anche un'eventuale immagine o tabella potrebbe essere descritta dallo stesso programma informatico. Ciò dipende dal progettista della pagina che deve costruire il codice della tabella o dell'immagine.

L'usabilità al contrario non è un problema di codici e compatibilità tra *software*. Il suo scopo primario è che il sito sia adatto a risolvere le esigenze dell'utente.

Concludendo è possibile affermare che mentre l'accessibilità riguarda sia una questione di compatibilità tecnica, sia una questione di chiarezza nella navigazione e nella comunicazione che mira ad un accesso universale, l'usabilità, invece, è diretta a particolari utenti, può non interessarsi ai codici, ma è sempre rivolta a rendere l'interfaccia più accessibile. Così, potremmo dire che "l'usabilità finisce per offrire strumenti precisi a chi vuole costruire siti accessibili¹¹⁵".

Internet, data l'importanza della funzione che ormai svolge nella società e il suo crescente utilizzo, ha richiamato inevitabilmente a più riprese l'attenzione del Governo italiano, che in sintonia con le politiche degli altri Paesi¹¹⁶ ha affrontato il tema emanando una serie di normative per regolamentare

¹¹⁵ Boscaro, *Accessibilità o usabilità? Istruzioni per l'uso*, consultabile sul sito web: <http://www.usabile.it/122001.htm>.

¹¹⁶ Per una panoramica delle norme nazionali dei paesi Europei in materia di Web cfr. De Vecchis, *Norme nazionali ed europee sul Web pubblici*, in <http://www.minervaeurope.org/publications/qualitycriteriai/indice0402/appendicequattro0402.htm>.

l'usabilità e l'accessibilità. La normativa prodotta nel nostro Paese in materia, però, è piuttosto scarsa ed è nata per il settore della Pubblica Amministrazione. L'AIPA¹¹⁷, alla fine degli anni '90, aveva avviato ricerche dirette, da un lato, alla definizione di regole per assicurare l'interoperabilità dei sistemi informativi delle Pubbliche Amministrazioni e dall'altro lato, ad individuare gli interventi normativi e tecnologici necessari ad evitare discriminazioni nella prestazione dei servizi della pubblica amministrazione, soprattutto quelli forniti via *Web*.

Il Dipartimento della Funzione Pubblica ha emanato due interventi, costituiti da due circolari datate 2001.

La prima, in ordine di tempo, è la circolare n 3/2001 che detta le linee guida per l'organizzazione, l'usabilità e l'accessibilità dei siti *Web* delle pubbliche amministrazioni. Si tratta di una circolare di tipo generale, rivolta a chiunque, all'interno delle amministrazioni pubbliche, si occupi della progettazione, realizzazione e manutenzione dei sistemi informativi basati sulle tecnologie *Web*. Nella Circolare si sottolinea che la Rete, essendo contemporaneamente uno strumento comunicativo ed una tecnologia organizzativa, permette il lavoro collaborativo e la condivisione delle informazioni. Occorre, quindi, che i siti siano usabili ed accessibili, in modo da garantire la massima fruibilità. Viene ribadito, inoltre, l'invito "a tutti coloro che sono in condizione, di applicare fin nei dettagli le linee guida sull'accessibilità dei siti Web del

¹¹⁷ Oggi Centro nazionale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA), <http://cnipa.gov.it>.

Consorzio Mondiale del Web (W3C), con le procedure di verifica in esse suggerite¹¹⁸”.

La circolare successiva è la circolare AIPA n°32¹¹⁹, che descrive i “Criteri e gli strumenti per migliorare l’accessibilità dei siti *Web* e delle applicazioni informatiche a persone disabili”. Questa circolare esamina le problematiche affrontate dalla Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n° 3/2001 individuando i criteri tecnici prioritari da rispettare per permettere l’accessibilità non solo ai siti *Web*, ma anche alle applicazioni informatiche delle Amministrazioni pubbliche da parte sia dei dipendenti che degli utenti diversamente abili. Nella circolare viene affermato che *“il grado più elevato di accessibilità si consegue attuando il principio della progettazione universale, secondo il quale ogni attività di progettazione deve tenere conto della varietà di esigenze di tutti i potenziali utilizzatori. Questo principio, applicato ai sistemi informatici, si traduce nella progettazione di sistemi, prodotti e servizi fruibili da ogni utente, direttamente o in combinazione con tecnologie assistive. L’applicazione del principio di progettazione dei limiti e, in alcuni casi, porre vincoli alla creatività. Nel caso dei siti Web, i vincoli riguardano le modalità di attuazione delle varie soluzioni tecniche, piuttosto che il contenuto e l’estetica dei documenti, per cui non si traducono in limitazioni della possibilità espressiva”*¹²⁰”.

¹¹⁸ Circolare Dipart. della Funz. Pubbl., 13 marzo 2001, n. 3, *Linee guida per l’organizzazione, l’usabilità e l’accessibilità dei siti Web delle pubbliche amministrazioni*, in <http://www.governo.it>.

¹¹⁹ Circolare AIPA, 6 settembre 2001, n.32, *Criteri e strumenti per migliorare l’accessibilità dei siti web e delle applicazioni informatiche a persone disabili*, consultabile sul sito Internet: <http://www.governo.it>.

¹²⁰ *Ibidem*

A corredo di queste due circolari, è utile segnalare la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri¹²¹ del 30 maggio 2002. Importanti ai fini dell'indagine risultano:

- il punto 2.2 (*Accessibilità*), nel quale è indicata la necessità della conformità al livello A previsto dalla WAI per garantire l'utilizzo universale delle informazioni e dei servizi;
- il punto 2.3 (*Usabilità*), che richiama nuovamente l'attenzione alle raccomandazioni della WAI sottolineando che la rispondenza a tali raccomandazioni assicura l'usabilità e implica una facile navigabilità, una facilità nel reperire le informazioni da parte dell'utente, indicando che in ciascuna pagina del sito deve essere ripetuta la barra di navigazione. Inoltre, auspica la presenza di un motore di ricerca interno nel caso di siti complessi e strutturati su un numero rilevante di pagine.

Questi richiami alle Linee guida della WAI mettono in risalto come lo Stato italiano abbia recepito in pieno, già in queste prime circolari e con la citata direttiva, le Risoluzioni e Comunicazioni dell'Unione Europea in materia. Ancora, però, la strada da percorrere è lunga.

¹²¹ Direttiva del Presidente del consiglio dei Ministri, 30 maggio 2002. Conoscenza ed uso del dominio Internet "gov.it" ed efficace interazione del portale nazionale "italia.gov.it" con le pubbliche amministrazioni e le loro diramazioni territoriali, Gazzetta Ufficiale n°161, 11 luglio 2002, <http://www.pubblicaccesso.gov.it>.

2.2 La “Legge Stanca”

In linea con gli indirizzi dell’Unione Europea, il 9 gennaio 2004 è stata emanata la cosiddetta Legge Stanca sull’accessibilità¹²². Con questa legge, l’Italia si colloca fra i Paesi che hanno saputo dotarsi della normativa più avanzata in materia di accessibilità. Lo scopo della legge, in applicazione del principio costituzionale di eguaglianza, sancito dall’art. 3 Cost., è quello di abbattere le “*barriere virtuali*” che limitano l’accesso dei disabili alla c.d. società dell’informazione e li escludono dal mondo del lavoro, dalla partecipazione democratica e da una migliore qualità di vita.

La legge n. 4/2004 nasce dalla fusione di una serie di disegni di legge in materia di accessibilità, di cui si fa solo menzione ai fini di completezza: il progetto di legge 3486 (Campa-Palmieri) e il disegno di legge predisposto dal Governo e fortemente voluto dal Ministro per l’Innovazione e le Tecnologie Lucio Stanca (n. 3978).

Il testo della Legge Stanca del 2004 è stato attuato con due decreti: il regolamento di attuazione¹²³ e i requisiti tecnici¹²⁴, previsti nella legge stessa, agli art.10¹²⁵ (Regolamento di attuazione), art.11¹²⁶ (Requisiti tecnici) e l’art.12¹²⁷ (Normative internazionali).

¹²² Il 2003 è stato l’anno dedicato a livello internazionale alle disabilità, così il Ministro per l’Innovazione e le Tecnologie ha presentato al Consiglio dei Ministri un disegno di legge sull’accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici (Legge 9 gennaio 2004, n.4. Disposizioni per favorire l’accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici).

¹²³ DPR, 1 marzo 2005, n.75, *Regolamento di attuazione della legge del 9 gennaio 2004, n°4 per favorire l’accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici*, Gazz. uff., 3 maggio 2005, n.101.

¹²⁴ DM, 8 luglio 2005, *Requisiti tecnici e i diversi livelli per l’accessibilità agli strumenti informatici*, Gazz. Uff., 8 agosto 2005, n. 183.

¹²⁵ Art. 10, legge n°4/2004,(Regolamento di attuazione):

La Legge Stanca fornisca la definizione di fruibilità del servizio e di accessibilità.

La fruibilità è individuata nella “*caratteristica dei servizi di rispondere a criteri di facilità e semplicità d’uso, di efficienza, di rispondenza alle esigenze dell’utente, di gradevolezza e di soddisfazione nell’uso del prodotto*¹²⁸”.

È evidente come questa definizione sembra incardinarsi sui presupposti del concetto di usabilità¹²⁹. Quindi, per la Legge Stanca i termini usabilità e fruibilità possono essere interscambiabili. Sembrerebbe, dunque, che il

1. Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono definiti:

- a) i criteri e i principi operativi e organizzativi generali per l'accessibilità;*
- b) i contenuti di cui all'articolo 6, comma 2;*
- c) i controlli esercitabili sugli operatori privati che hanno reso nota l'accessibilità dei propri siti e delle proprie applicazioni informatiche;*
- d) i controlli esercitabili sui soggetti di cui all'articolo 3, comma 1.*

2. Il regolamento di cui al comma 1 è adottato previa consultazione con le associazioni delle persone disabili maggiormente rappresentative, con le associazioni di sviluppatori competenti in materia di accessibilità e di produttori di hardware e software e previa acquisizione del parere delle competenti Commissioni parlamentari, che devono pronunciarsi entro quarantacinque giorni dalla richiesta, e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

¹²⁶ Art. 11, (Requisiti tecnici): *1. Entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge il Ministro per l'innovazione e le tecnologie, consultate le associazioni delle persone disabili maggiormente rappresentative, con proprio decreto stabilisce, nel rispetto dei criteri e dei principi indicati dal regolamento di cui all'articolo 10:*

- a) le linee guida recanti i requisiti tecnici e i diversi livelli per l'accessibilità;*
- b) le metodologie tecniche per la verifica dell'accessibilità dei siti Internet, nonché i programmi di valutazione assistita utilizzabili a tale fine.*

¹²⁷ Art. 12, (Normative internazionali): *1. Il regolamento di cui all'articolo 10 e il decreto di cui all'articolo 11 sono emanati osservando le linee guida indicate nelle comunicazioni, nelle raccomandazioni e nelle direttive sull'accessibilità dell'Unione europea, nonché nelle normative internazionalmente riconosciute e tenendo conto degli indirizzi forniti dagli organismi pubblici e privati, anche internazionali, operanti nel settore.*

2. Il decreto di cui all'articolo 11 è periodicamente aggiornato, con la medesima procedura, per il tempestivo recepimento delle modifiche delle normative di cui al comma 1 e delle innovazioni tecnologiche nel frattempo intervenute.

¹²⁸ Art. 1, comma 1, lett. f), della legge n.4/2004.

¹²⁹ Per effettuare al meglio la comparazione si cita la definizione di usabilità dello standard ISO 9241-11, “*Extent to which a product can be used by specified users to achieve specified goals with effectiveness, efficiency and satisfaction in a specified context of use*”. A tal proposito cfr. ISO 9241-11:1998, 1998. Ergonomic Requirements for Office Work with Visual Display Terminals-Guidance on Usability, ISO, in <http://www.iso.org>.

legislatore italiano abbia preferito il termine fruibilità a quello di usabilità, perché la seconda è difficilmente misurabile in modo quantitativo e ha collocato la fruibilità come una delle caratteristiche dell'accessibilità.

A supporto di tale considerazione viene in aiuto la definizione di fruibilità fornita in modo più esteso nell'art.2 della legge Stanca:

“Sono accessibili i servizi realizzati tramite sistemi informatici che presentano i seguenti requisiti:

- a accessibilità al contenuto del servizio da parte dell'utente;*
- b fruibilità delle informazioni offerte, caratterizzate anche da:*
 - facilità e semplicità d'uso, assicurando, fra l'altro, che le azioni da compiere per ottenere servizi e informazioni siano sempre uniformi tra loro;*
 - efficienza nell'uso, assicurando fra l'altro la separazione tra contenuto, presentazione e modalità di funzionamento delle interfacce, nonché la possibilità di rendere disponibile l'informazione attraverso differenti canali sensoriali;*
 - efficacia nell'uso e rispondenza delle esigenze dell'utente, assicurando, fra l'altro le azioni da compiere per ottenere in modo corretto servizi e informazioni siano indipendenti dal dispositivo utilizzato;*
 - soddisfazione nell'uso, assicurando, fra l'altro, l'accesso al servizio e all'informazione senza ingiustificati disagi o vincoli¹³⁰”.*

In questo ambito, il concetto di accessibilità si inserisce a più riprese. La legge Stanca, lo individua come:

¹³⁰ Art.2, comma 1, rubricato *Criteri e principi generali per l'accessibilità*, del DPR, 1 marzo 2005, n.75.

“ la capacità dei sistemi informatici, nelle forme e nei limiti consentiti dalle conoscenze tecnologiche, di erogare servizi e fornire informazioni fruibili, senza discriminazioni, anche da parte di coloro che a causa di disabilità necessitano di tecnologie assistive o configurazioni particolari”.

Stando a questa definizione, l'accessibilità riguarda i “sistemi informatici” e lo stato delle “conoscenze tecnologiche” su cui sono basati. Se è chiaro che se cambiano le conoscenze tecnologiche si dovrà adeguare l'accessibilità, è vago cosa significhi “sistemi informatici”.

Nello spirito dei promotori della legge Stanca, l'accessibilità avrebbe dovuto riguardare soprattutto i siti *Web*, mentre il quadro normativo delineato dal promotore è andato oltre, estendendo l'applicazione del concetto di accessibilità all'informazione in generale e ponendo un forte accento sui supporti tecnologici impiegati per veicolare l'informazione. Questo potrebbe spiegare la preferenza dell'espressione “sistemi informatici”, che potrebbe essere efficacemente impiegata per definire i *software*, ma non altrettanto per un sito *web*. Questo perché un indirizzo *Internet*, per quanto sia stato costruito e sia stato reso visibile con dei *software*, è più che altro oggetto di comunicazione, ossia di un “sistema” piuttosto informativo che “informatico”. Questa diversificazione tra “informativo” e “informatico” è di grande interesse se si tiene in considerazione che mentre su un *software* si possono compiere valutazioni oggettive prendendo come riferimenti parametri certi e inviolabili, su un altro strumento di comunicazione questo è escluso¹³¹.

¹³¹ Prendendo come esempio un libro, esso potrebbe essere certo nel contenuto, nel numero di pagine, nel numero di note al suo interno, ma non si può essere certi in assoluto della sua comicità. Ciò perché quest'ultima è una valutazione soggettiva.

La n.4/2004 prevede due tipi di verifiche sull'accessibilità:

- una “*verifica tecnica*”, ossia una valutazione condotte da esperti, anche con strumenti informatici, sulla base di parametri tecnici;
- una “*verifica soggettiva*”, ossia una valutazione articolata su più livelli di qualità ed effettuata con l'intervento del destinatario dei servizi.

I requisiti della “*verifica soggettiva*” sono i seguenti:

- **Percezione:** le informazioni e i comandi necessari per l'esecuzione dell'attività devono essere sempre disponibili e percettibili;
- **Comprensibilità:** le informazioni e i comandi necessari per l'esecuzione delle attività devono essere facili da capire e da usare;
- **Operabilità:** le informazioni e comandi sono tali da consentire una scelta immediata dell'azione adeguata per raggiungere l'obiettivo voluto;
- **Coerenza:** stessi simboli, messaggi e azioni devono avere gli stessi significati in tutto l'ambiente;
- **Salvaguardia della salute:** indica le caratteristiche che deve possedere l'ambiente per salvaguardare e promuovere il benessere psico-fisico dell'utente;
- **Sicurezza:** indica le caratteristiche che l'ambiente deve possedere per fornire transazioni e dati affidabili, gestiti con adeguati livelli di sicurezza;
- **Trasparenza:** l'ambiente deve comunicare il suo stato e gli effetti delle azioni compiute. All'utente devono essere comunicate le necessarie informazioni per la corretta valutazione della dinamica dell'ambiente;

- Apprendibilità: indica le caratteristiche che l'ambiente deve possedere per consentire l'apprendimento del suo utilizzo da parte dell'utente in tempi brevi e con minimo sforzo;
- Aiuto e documentazione: fornire funzioni di aiuto come guide in linea e documentazione relative al funzionamento dell'ambiente. Le informazioni di aiuto devono essere facili da trovare e focalizzate sul compito dell'utente;
- Tolleranza agli errori: indica le caratteristiche che l'ambiente deve possedere per favorire e mantenere l'interesse dell'utente;
- Flessibilità: l'ambiente deve tener conto delle preferenze individuali e dei contesti.

Di notevole importanza è l'art. 1 della Legge Stanca, che definendo gli obiettivi racchiude tutti gli enunciati finora elencati. Infatti, è sancito che *“la Repubblica riconosce e tutela il diritto di ogni persona ad accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, ivi compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici.”* Il secondo comma specifica che *“è tutelato e garantito, in particolare, il diritto di accesso ai servizi informatici e telematici della pubblica amministrazione e ai servizi di pubblica utilità da parte delle persone disabili, in ottemperanza al principio di uguaglianza ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione”*. Quindi, tale articolo fonda il diritto di accesso a Internet sul principio di eguaglianza ex art.3 Cost., qualificandolo come uno strumento di realizzazione dell'uguaglianza sostanziale dei cittadini. Ciò ha come conseguenza che la possibile negazione dell'accesso ad *Internet* andrebbe a ledere i diritti umani fondamentali, quali la

libertà di espressione, il diritto all'informazione, allo sviluppo e all'istruzione¹³². Si tratta, quindi, di uguaglianza sostanziale ai fini di un pieno sviluppo della persona umana e all'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Oggigiorno essere privi di accesso ad *Internet* significa essere rilegati ai margini della società.

2.3 Banda larga: tecnica e diritto

La banda larga si prefigura come lo strumento, o meglio il mezzo che riduce le distanze fisiche tra zone lontane del globo, mescola le culture e obbliga l'amministrazione ad essere imparziale con tutti gli utenti. Quest'ultimo aspetto è molto eloquente, se si considera quanti sono gli italiani e gli abitanti di altri nazioni e continenti che si trovano in una situazione di disabilità tale da non permettere loro la fruizione dei servizi offerti dalla Pubblica Amministrazione secondo canali tradizionali. La banda larga si configura, così, come una soluzione per trasportare i servizi tra le pareti domestiche¹³³.

¹³² Al riguardo Pisa, *L'accesso ad Internet: un nuovo diritto fondamentale?*, consultabile nel sito web: <http://www.treccani.it/Portale/sito/diritto/approfondimenti/2PisaInternet.html>. L'autrice fa menzione a due documenti importanti in materia:

- la Convenzione sui diritti delle persone disabili, siglata il 13 dicembre 2006 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, che prevede la promozione dell'accesso da parte dei disabili alle nuove tecnologie e ai sistemi di informazione e comunicazione, compreso Internet, invitando gli enti privati e i mass media, che operano attraverso questi mezzi, a renderli quanto più accessibili;
- la Dichiarazione dei diritti dei popoli indigeni delle Nazioni Unite, approvata il 13 settembre 2007, che prevede il diritto di queste popolazioni ad avere accesso a tutte le forme mediatiche non indigene senza discriminazione.

¹³³ Al riguardo v. Timmers, *EU-e-inclusion policy in context*, in *Info*, 19, 2008, p. 17: << *It is also increasingly recognized that the capability to address the complex needs of the excluded groups will constitute a competitive advantage in a word that is flat.... Where solutions that are designed for the average user can only compete on price. A much more sustainable*

Con l'appellativo banda larga¹³⁴ ci si riferisce in generale alla trasmissione e ricezione dati, inviati e ricevuti simultaneamente in maggiore quantità sullo stesso cavo. Ciò permette all'utente/fruttore del servizio di navigare in Internet su Rete fissa¹³⁵ o mobile a una velocità variabile secondo l'ampiezza di banda. Naturalmente più la banda sarà ampia più saranno soddisfatte le esigenze dell'utente/fruttore, nel momento in cui esso si accosta alla Rete per la soddisfazione delle proprie libertà sociali, quali ad esempio, connettersi ad un *networks* di discussione per persone fisicamente distanti o accedere a servizi in Rete (quale, uno tra tanti, per controllare il proprio conto corrente dalla propria abitazione o trasmettere un certificato alla pubblica amministrazione).

competitive advantage would be in intelligent, highly-personalised and highly localized solutions such as the ones needed for must groups at risk of exclusion>>.

¹³⁴ In realtà, nella legislazione italiana ed europea manca una definizione ufficiale di banda larga. Tuttavia la Commissione Europea usa il termine banda larga in un'altra accezione: come sinonimo, cioè di connessione più veloce di quella assicurata da un normale modem. In questo senso la più tipica banda larga sarebbe quella assicurata dalla connessione a fibre ottiche. In Italia la "Task Force sulla Banda Larga" (Commissione interministeriale di studio istituita dal Ministero delle Comunicazioni e da quello per l'Innovazione e le Tecnologie), ha adottato le seguenti definizioni: "Per banda larga si intende l'ambiente tecnologico che consente l'utilizzo delle tecnologie digitali ai massimi livelli di interattività. L'ambiente tecnologico è costituito da applicazioni, contenuti, servizi ed infrastrutture. Le applicazioni informatiche distribuite ed i servizi su rete evolvono in modo tale da richiedere una capacità della banda di comunicazione sempre più elevata. Al momento attuale una disponibilità dell'ordine di centinaia di Kbit/s per usi privati può essere considerata sufficiente mentre già nel breve/medio periodo è necessario pensare ad una disponibilità di banda, anche per usi privati, dell'ordine di qualche Mbit/s. Per le imprese e per la Pubblica Amministrazione già oggi vi è la necessità di almeno alcuni Mbit/s, mentre nel futuro saranno necessarie capacità di banda di ordine di grandezza superiore". Sul punto, cfr : Commissione Permanente per l'Innovazione Tecnologica negli enti locali e nelle Regioni e dalla Conferenza Unificata, *Linee guida per i piani territoriali per la banda larga*, 20 settembre 2007, p.7 e ss.

¹³⁵ La Rete Telefonica Generale, acronimo RTG o PSTN (il secondo è l'acronimo di *Public Switched Telephone Network*, il corrispondente termine inglese di Rete Telefonica Generale), anche chiamata rete telefonica pubblica, è la più grande rete telefonica esistente. Posseduta da una lunghissima lista di società private, pubbliche, e a capitale misto, di tutto il mondo, copre l'intero pianeta ed è ad accesso pubblico: chiunque può accedervi pagando, nei casi in cui è richiesto, per il suo utilizzo. La Rete Telefonica Generale attualmente rappresenta il mezzo più diffuso per comunicare nel mondo in tempo reale tra le persone. La Rete Telefonica Generale rappresenta la più grande rete per telecomunicazioni esistente al mondo, copre infatti l'intero pianeta più capillarmente di quanto faccia la rete di computer Internet che gli è seconda in termini di grandezza. Proprio per tale motivo la Rete Telefonica Generale è utilizzata anche per l'accesso ad Internet.

È evidente che essere dotati di banda larga non significa automaticamente accedere a tutti i servizi che la Rete mette a disposizione, ma occorre la conoscenza, anche se pur minima del mezzo. Per rendere più chiaro tutto ciò si può riportare una definizione, che appare molto eloquente e spiega fino in fondo come la banda larga ed *Internet* si completino tra di loro: “Connettersi ad Internet è come viaggiare su un’autostrada immaginaria e l’utilità dipenderà da cosa e da chi si incontrerà durante il percorso. E nel nostro caso i beni finali sono l’intrattenimento, l’informazione, l’educazione, l’accesso alla Pubblica amministrazione. Non diversamente da quanto accadeva, a partire dall’800, quando le reti ferroviarie, elettriche o idriche provvedevano alle necessità materiali delle persone di mobilità fisica, di illuminazione e di accesso all’acqua¹³⁶”.

L’espansione delle nuove tecnologie, come la banda larga e ultra larga, trova origine dall’effettivo compimento di una struttura adeguata. In un primo momento, la finalità della regolamentazione europea sugli aiuti di Stato in materia di banda larga è quello che gli stessi non vadano a sostituire l’iniziativa di mercato.

Con il piano *e-Europe* 2005¹³⁷ non si ammetteva che l’intervento dello Stato si concretizzasse nella creazione di nuove reti, essendo piuttosto rivolto allo sviluppo e promozione di servizi e contenuti proposti attraverso l’utilizzo della banda larga.

¹³⁶ De Minico, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in *Pol. e dir.*, 2009, p.2.

¹³⁷ Cfr. Commissione Europea, COM(2002)263 def., E-EUROPE 2005: una società dell’informazione per tutti. Il piano di azione, in http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/l24226_it.htm.

Con tale Comunicazione, la Commissione asseriva che lo sviluppo dell'infrastruttura rientrasse tra i compiti dell'iniziativa privata; il settore pubblico, invece, si sarebbe dovuto incentrare sulla realizzazione di un mercato propizio agli impieghi dei privati.

Lo sviluppo dello stretto connubio infrastrutture-servizi avrebbe generato un circolo virtuoso¹³⁸, in cui i due fattori avrebbero alimentato vicendevolmente il loro sviluppo. L'unico motivo in cui sarebbe stato giustificato l'intervento statale era rivolto solo ed esclusivamente alle aree non remunerative e ciò per evitare di aggravare il *digital divide*¹³⁹.

Con il passar del tempo, la Commissione ha modificato i suoi orientamenti. Infatti, con la *Relazione strategica sulla strategia di Lisbona rinnovata per la crescita e l'occupazione*¹⁴⁰, mutano i suoi orientamenti in tema di interventi statali. Ora, lo Stato non deve solo incoraggiare la concorrenza, ma deve predisporre iniziative volte all'incremento dei fruitori di *Internet*. Questo ruolo attivo dello Stato è stato di recente avvalorato anche dalla Comunicazione della Commissione e-Europa 2020, "*Una strategia per una crescita intelligente*,

¹³⁸ L'espressione "circolo virtuoso" è proposta da N.Kroes, COM (2010)245 def., "Un'Agenda digitale europea", dove si legge che "l'enorme potenziale delle TLC può essere sfruttato grazie a un circolo virtuoso di attività che funzionano correttamente. Innanzitutto, occorre mettere a disposizione contenuti e servizi interessanti in un ambiente Internet interoperabile e senza confini. In questo modo si incentiva la domanda di velocità e capacità maggiori, che a sua volta crea opportunità di investimento in reti più veloci. La creazione e l'adozione di reti più veloci a loro volta aprono la strada a servizi innovativi che sfruttano velocità più elevate".

¹³⁹ Per raggiungere tale obiettivo gli Stati avrebbero dovuto promuovere l'*e-government*, *e-health*, *e-learning*. In tal modo si sarebbero offerti ai cittadini servizi migliori e meno cari e raccolti ulteriori fondi per la creazione di nuove reti.

¹⁴⁰ Cfr. Commissione Europea, COM(2007) 803 def., "*Relazione strategica sulla strategia di Lisbona rinnovata per la crescita e l'occupazione: il nuovo ciclo (2008-2020). Stare al passo con i cambiamenti*", http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/growth_and_jobs/c11806_it.htm

*sostenibile e inclusiva*¹⁴¹” e dall’Agenda Digitale. In quest’ultima Comunicazione, la Commissione sollecita misure dirette a “consolidare e razionalizzare il finanziamento della banda larga ad alta velocità, tramite strumenti dell’Unione e tramite sostegno al credito”; inoltre, è richiamata la responsabilità degli Stati a “elaborare e rendere operativi, entro il 2012, piani nazionali per la banda larga per raggiungere gli obiettivi in materia di copertura, velocità e adozione definiti nella Strategia Europa 2020, utilizzando finanziamenti pubblici conformi alle norme Ue in materia di aiuti di Stato e di concorrenza¹⁴²”.

Al fine di fornire una regolazione agli *stakeholders*, agli enti locali e agli NRA, la Commissione ha pubblicato nel 2009 le linee guida sulla banda larga “Orientamenti comunitari relativi all’applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga¹⁴³”. La Commissione Europea sottolinea che per quel che concerne il settore della banda larga “un intervento pubblico ben mirato può contribuire a ridurre il divario digitale tra le aree e le regioni di un paese che hanno accesso a servizi a banda larga abbordabili e competitivi e le aree in cui questa offerta è assente”.

¹⁴¹ Cfr. Commissione Europa, COM (2010)2020, *EUROPA 2020 Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, da cui si evince che “gli Stati membri dovranno:

- elaborare strategie operative per l’Internet ad alta velocità e orientare i finanziamenti pubblici, compresi i fondi strutturali, verso settori non totalmente coperti da investimenti privati;
- creare un quadro legislativo che permetta di coordinare i lavori pubblici in modo da ridurre i costi di ampliamento della rete;
- promuovere la diffusione e l’uso di moderni servizi online (*e-government*, servizi sanitari online, competenze digitali, sicurezza, ecc)”.

¹⁴² Cfr. COM(2010)245 def., cit.

¹⁴³ Cfr. Commissione Europea, *Orientamenti comunitari relativi all’applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga*, 30 settembre 2009, in *GUCE.*, C235/7.

2.3.1 Il Digital Divide in una società che cambia

Con l'espressione *digital divide*¹⁴⁴ si fa riferimento all'esclusione di alcune parti del Paese dalla possibilità/necessità di fruire dei servizi offerti dalle nuove reti, a causa della mancanza di investimenti indirizzati alle infrastrutture di collegamento. In pratica, esso si configura come una disparità di accesso del cittadino ai vantaggi conseguibili dall'utilizzo del mezzo informatico, rispetto ad altri che, invece, ne usufruiscono¹⁴⁵.

Oltre alle barriere al potenziale di accesso, il *digital divide* potrebbe riguardare anche altri fattori, tra cui la disponibilità di informazioni, la qualità dei mezzi tecnici, la capacità di utilizzo personale della tecnologia. Così, oltre al *digital divide* infrastrutturale, va preso in considerazione anche il *digital divide* sociale¹⁴⁶, ossia il mancato coinvolgimento di parte della popolazione nell'utilizzo degli strumenti informatici e ai nuovi servizi.

¹⁴⁴ L'ingresso ufficiale della definizione di digital divide nella letteratura giuridica e sociologica risale al 1995, quando la *National Telecommunications and Information Administration*, organo consultivo degli Stati Uniti sulle politiche nel settore delle telecomunicazioni, pubblica la relazione "A Survey of the have nots in Rural and Urban America", la prima di una serie intitolata "Falling Trough the Net". Si consulti il sito <http://www.ntia.doc.gov>.

¹⁴⁵ Dal Rapporto ISTAT "Cittadini e nuove tecnologie" (20.12.11), in <http://www.istat.it/it/files/2011/12/ICT-famiglie-2011.pdf?title=Cittadini+e+nuove+tecnologie+-+20%2Fdic%2F2011+-+Testo+integrale.pdf>. "Il 41,7% delle famiglie dichiara di non possedere l'accesso a Internet perché non ha le competenze per utilizzarlo; il 26,7% considera Internet inutile e non interessante, il 12,7% non ha accesso a Internet da casa perché accede da un altro luogo, l'8,5% perché considera costosi gli strumenti necessari per connettersi e il 9,2% perché ritiene eccessivo il costo del collegamento."

¹⁴⁶ In merito consultare l'Audizione del Presidente Corrado Calabrò nell'ambito della "Indagine conoscitiva sull'assetto e sulle prospettive delle nuove reti del sistema delle comunicazioni elettroniche", Camera dei deputati, IX Commissione trasporti, Poste e telecomunicazioni, 16 settembre 2008. Da tale documento si evince che la definizione tradizionale di *d.d.* è intesa come "mancata possibilità d'accesso ai servizi a valore aggiunto, cioè caratterizzati da prestazioni elevate per simmetria (ricezione e invio di informazioni alla stessa velocità), latenza (tempi di risposta della rete) e stabilità (continuità del collegamento), in ragione di una carenza infrastrutturale; ma, tuttavia, si tratta di una espressione che

In merito a ciò, piuttosto che a una struttura binaria, il rapporto degli individui con il computer rimanda a una struttura multipla, frutto della combinazione di una pluralità di variabili. Una combinazione che è stata definita, con linguaggio immaginifico, come “un arcobaleno, frutto della presenza di mezzi fisici, *software*, contenuti, servizi, infrastrutture e così via¹⁴⁷”.

Riconoscere la diseguaglianza digitale è importante perché consente di collocare la dimensione dell'accesso in un contesto più ampio, caratterizzato da una forte attenzione per l'impatto che le tecnologie producono sulle diseguaglianze sociali. Queste considerazioni permettono di dividere il concetto di *digital divide* in tre dimensioni, ossia quella dell'accesso, delle competenze e dell'uso.

Più avanti si entrerà nel merito della suddivisione di queste classi di attività, ma per il momento ciò che preme sottolineare è che la qualità dell'accesso, la disponibilità di apparati tecnologici sempre più sofisticati e tali da consentire una connessione continua, congiuntamente al possesso di competenze in grado di permettere di raggiungere obiettivi sempre più numerosi e di qualità, sono tutti elementi che si riflettono sulla sfera dell'uso di Internet.

La problematica sociale dell'alfabetizzazione digitale intesa nel doppio significato di possibilità concreta del soggetto di possedere il supporto fisico

potrebbe incontrare un limite intrinseco, poiché essa omette di riferirsi alla eventuale presenza di altri ostacoli, di tipo sociale, economico e tecnologico”.

¹⁴⁷ Clement-Shade, *The Access Rainbow: Conceptualising Universal Access to the Information/Communication Infrastructure*, a cura di Gurstein, Toronto, 2000, pp.32-51.

che veicoli il servizio e di un adeguato livello di competenza tecnica è stata trascurata fino a poco tempo fa¹⁴⁸.

Oggigiorno, invece si sta assistendo ad una notevolissima espansione del settore delle telecomunicazioni tale da dover essere supportata anche da un incremento di informatizzazione del settore pubblico attraverso una effettiva espansione dell'utilizzo delle nuove tecnologie. Ciò crea un evidente *gap* fra soggetti che hanno la possibilità di accedere alla Rete e chi, invece, non può goderne ed usufruirne¹⁴⁹.

Compito dello Stato è, così, quello di eliminare gli ostacoli cognitivi che ostacolano la vera uguaglianza digitale¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Tal mancanza di attenzione deriva dalla consapevolezza diffusa che l'accesso all'informatica moderna è stato considerato come un'esigenza esclusivamente individuale e non come un fattore di crescita e di evoluzione per la collettività.

¹⁴⁹ Al riguardo consultare la Risoluzione del consiglio Europeo dell'8 ottobre 2001, n. 292, "*e-Partecipazione. Sfruttare le possibilità offerte dalla società dell'informazione ai fini dell'inclusione sociale*", in *GUCE*, p.6.

¹⁵⁰ Tra le politiche mirate a sviluppare il grado di accesso ad *Internet*, la maggior parte dei Paesi si è mossa promuovendo specifiche proposte di *skill training*, che coinvolgono luoghi di lavoro e scuole. Il più vasto programma di alfabetizzazione informatica è quello sviluppato dalla Corea che, con diversi programmi negli ultimi anni, ha impiegato diverse risorse. Il programma più determinante è stato quello di formazione dedicato alle casalinghe "*Cyber21*". Il piano consisteva in un corso di una settimana (in tutto 20 ore di lezione) che interessava oltre un migliaio di istituti di formazione ed era sovvenzionato interamente dal governo. Dev'essere ancora ricordata la Corea per l'ulteriore organizzazione di corsi di formazione gratuiti o a prezzi assai bassi per vaste porzioni della cittadinanza. Infatti, il programma "*10 Million People IT Education Project*", era rivolto ad aumentare la conoscenza delle nuove tecnologie, inglobando non solo le scuole, ma anche le persone anziane e i disabili, personale militare ed agricoltori. In Europa, invece, il processo di alfabetizzazione digitale affonda le sue radici nei programmi di *eLearning*, incentrati sul miglioramento delle competenze ICT di studenti e insegnanti. Questo metodo consente al fruitore di intraprendere un percorso di autoistruzione utilizzando e sfruttando i dati e i materiali presenti nella Rete. Secondo una definizione fornita dall'ANEE (Associazione dei servizi e contenuti multimediali) per *e-learning* si intende: "*metodologia di insegnamento e apprendimento che coinvolge sia il prodotto sia il processo formativo. Per prodotto formativo si intende ogni tipologia di materiale o contenuto messo a disposizione in formato digitale attraverso supporti informatici o di Rete. Per processo formativo si intende invece la gestione dell'intero iter didattico che coinvolge gli aspetti di erogazione, fruizione, interazione, valutazione. In questa dimensione il vero valore aggiunto dell'e-learning emerge nei servizi di assistenza e tutorship, nelle modalità di interazione sincrona e asincrona, di condivisione e collaborazione a livello di community. Peculiarità dell'e-learning è l'alta flessibilità garantita al discente dalla reperibilità sempre e ovunque dei contenuti formativi, che gli permette l'autogestione e l'autodeterminazione del proprio*

Si potrebbe, dunque, ipotizzare che il diritto di accesso si ricollegghi, con uno stretto rapporto di causa-effetto, ad una condizione di aiuto dallo Stato¹⁵¹, tale da garantire un piano infrastrutturale che fornisca la facoltà di accedere alle

apprendimento; resta tuttavia di primaria importanza la scansione del processo formativo, secondo un'agenda che responsabilizzi formando e formatore al fine del raggiungimento degli obiettivi didattici prefissati”(v. Osservatorio Anee, *E-learning* 2003, in <http://www.fondazionecru.it/e-learning/data/allegati/links/.../eLearning03.doc>, p.3).

Caratteristica peculiare di questa metodologia è la flessibilità, in quanto assicura contemporaneamente formazione permanente e inclusione sociale. In Inghilterra, è stato avviato il programma “*train to Gain*”, prevede una formazione meticolosa sul posto di lavoro. Esso ha coinvolto 127.000 datori di lavoro e fornito corsi di formazione ad oltre un milione di lavoratori. Inoltre, tutto ciò è stato incentivato da campagne pubblicitarie *ad hoc*, l'impiego di appositi *roadshow*, con bus che girando per le città promuovono e diffondono le potenzialità delle nuove tecnologie informatiche.

Non diversamente, anche in Grecia, il governo era intervenuto prevedendo nel suo “*Plan for the Development of Broadband Services*” del 2008 la creazione di 85 punti di informazione per spiegare ai cittadini il funzionamento di *Internet*. Si trattava di una vera e propria attività di formazione e supporto per l'utilizzo del computer ai fini di una facile navigabilità sul *Web*.

Su tutti questi aspetti cfr. Abbondante, *E-learning: le nuove dimensioni dell'apprendimento*, in *Dalla tecnologia ai diritti*, cit., p.226, Papa, *Il principio di uguaglianza sostanziale nell'accesso alle tecnologie digitali*, in <http://www.federalism.it>, 2008, p.16, De Marco, *Introduzione all'eguaglianza digitale*, in <http://www.federalism.it>, 2008, p.4. Tale autore precisa che “*l'alfabetizzazione informatica passa necessariamente attraverso il conseguimento di competenze tecniche che devono essere garantite a tutti i cittadini non solo, quindi, agli studenti per i quali l'acquisizione di competenze nel campo delle nuove tecnologie è una componente essenziale del diritto all'istruzione, ma anche e soprattutto per quei soggetti che per ragione di età o anche personali non hanno l'opportunità di conseguire le dovute conoscenze indispensabili per partecipare alla società digitalizzata*”. In merito anche Gregori-Temperini, *Problematiche di sviluppo dell'e-Learning in Italia: i risultati di un'indagine empirica*, in *Econ. e dir. del terz.*, 2007, pp.239 e ss.

¹⁵¹ Il finanziamento della banda larga da parte degli Stati potrebbe essere altresì compatibile con la disciplina comunitaria nel caso in cui tali misure dovessero essere considerate interventi per la garanzia di servizi di interesse generale (Cfr. M. SADOWSIB – M. DE ROOIJ – J. SMITS, *State aid, open access and market size: two cases of FTTH network implementation in dutch municipalities*, Eindhoven University of technology, 2006). Non esiste una definizione di servizio di interesse generale nel Trattato ma all'art. 16 vi è un riferimento espresso quando s'afferma che «la Comunità e gli Stati membri secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione delle disposizioni del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere ai loro compiti». Un altro richiamo ai SEIG viene fatto nella Carte di Nizza che, all'art. 36, stabilisce che «Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea». Le autorità nazionali sono comunque libere di definire quali sono i servizi che rivestono interesse economico generale. Nella valutazione degli interessi, lo Stato può ritenere rilevanti quelli che possono essere ricondotti a diritti fondamentali riconosciuti a livello comunitario o nazionale, come ad esempio il diritto a comunicare. L'intervento pubblico tende al raggiungimento di risultati che siano socialmente desiderabili per cui il *favor* allo sviluppo di un mercato concorrenziale viene temperato con l'esigenza di garantire un'equa distribuzione delle risorse (cfr. Ceraso, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, 2008, p. 101).

prestazioni offerte dalla banda larga, a prescindere dalla potenziale ubicazione geografica dell'utente.

Inoltre, è necessario che lo Stato faciliti l'acquisto del *computer* alle fasce di soggetti non in grado di affrontare una simile spesa adoperando lo strumento degli incentivi finanziari¹⁵².

Un interrogativo, allora, si palesa: la mancanza di accesso alla Rete determina una discriminazione per chi la subisce, realizzando un ostacolo alla possibilità della sua piena inclusione sociale¹⁵³? Una risposta affermativa a tale interrogativo potrebbe far pensare alla banda larga come ad uno mezzo il cui utilizzo sia da inserire tra le prestazioni essenziali garantite e protette dallo Stato e quindi essere configurato come un servizio pubblico essenziale?

¹⁵² De Minico, *Regulation, Banda Larga e Servizio Universale. Immobilismo o innovazione?*, in <http://www.astrid-online.it>, dove l'autrice ben descrive la pretesa dell'accesso alla banda larga in termini di diritto sociale. Secondo l'Autrice, *"l'azionabilità non assiste questi diritti sin dalla nascita, essa è un tratto successivo ed eventuale, dipendendo dall'attivarsi del decisore politico; quindi medio tempore il diritto è privo di assistenza giuridica, salvo quella di genere diverso offerta dalla partecipazione politica. Tale coercibilità variabile -inesistente in assenza dell'atto che ne istituzionalizzi la protezione, piena a titolo intervenuto-* è tratto comune a ogni diritto sociale in quanto pretesa a che lo Stato si attivi". Al riguardo cfr. De Minico, *Banda larga e tv digitale: c'è un futuro per i nuovi diritti sociali?*, in <http://www.astrid-online.it>.

¹⁵³ Cfr. Avvisati, *Banda larga: politiche regolatorie e digital divide*, in *Dalla tecnologia ai diritti*, Napoli, 2010, p.105. Tale autrice sottolinea come : *"le politiche di investimento atte a fronteggiare il rischio da digital divide debbono tenere in conto il fatto che la stessa nozione di banda larga come possibile servizio universale è di per sé un concetto dinamico. Il suo definirsi si determina in ragione del progresso tecnologico: difatti, il concetto di servizio universale potrebbe evolvere verso la banda larga di seconda e terza generazione, perciò la progettazione e la realizzazione delle reti dovrebbe considerare anche gli scenari evolutivi futuri, guardando alle soluzioni tecnologiche che non impediscano a monte possibilità evolutive verso livelli aggiuntivi di prestazioni"*. Sul tema, cfr. le considerazioni del gruppo Astrid, *Le telecomunicazioni: problemi di concorrenza e di sviluppo*, luglio 2008, in <http://www.astrid-online.it>. Tale gruppo asserisce che *"la c.d. banda larga di prima generazione offerta dalla tecnologia più diffusa, l'ADSL, assicura una velocità che può arrivare sino a 6 o 7 Mbps. A partire dal 2005 è stata introdotta la tecnologia VDSL, che può definirsi di seconda generazione, in grado di offrire fino a 20 Mbps in download, e quindi di realizzare il triple play (voce, Internet, TV). Si tratta di una tecnologia che ha raggiunto alla fine del 2007 circa il 60% della popolazione. Ciò significa che la restante percentuale della popolazione si trova in digital divide di seconda generazione. Il VDSL (tecnologia mista fibra-rame) presenta una velocità sino a 50Mbps"*.

CAPITOLO TERZO POLITICHE DI SVILUPPO DELLA BANDA LARGA NEGLI STATI UNITI, IN EUROPA E IN ITALIA

*“La velocità della banda larga è
ossigeno per le comunicazioni digitali,
essenziale per la prosperità e il benessere dell’Europa”*

Neel Kroes

(Commissario europeo per l’Agenda Digitale, 20 settembre 2010)

3.1 Lo sviluppo della banda larga negli Stati Uniti: il *National Broadband Plan* e la *American Recovery and Reinvestment Act*.

Il “*National Broadband*¹⁵⁴ *Plan*¹⁵⁵” è un programma organizzato dalla Commissione Federale per le Comunicazioni (FCC) che persegue l’obiettivo di espandere la Rete della banda larga sul territorio statunitense. Naturalmente, scopo dell’iniziativa è garantire ad ogni cittadino americano l’accesso alla banda larga per favorire la crescita in termini di *welfare*, partecipazione civica e politica, sicurezza e sviluppo economico.

¹⁵⁴ Il termine *Broadband* si riferisce ad una connessione con una velocità minima di 45 megabyte al secondo di *downstream* e di 15 megabits al secondo di *upstream*. Per la rete *wireless*, invece, la velocità deve essere di 3 megabits al secondo di *downstream* e di un megaliti al secondo di *upstream*. In merito cfr. <http://www.cde.ca.gov/re/lr/ga/documents/housedraft.pdf>

¹⁵⁵ *National broadband plan, connecting America: “Competition is crucial for promoting consumer welfare and spurring innovation and investment in broadband access networks. Competition provides consumers the benefits of choice, better service and lower prices. This section begins by analyzing the available data to assess the current state of competition among wireline broadband services and mobile wireless broadband services, and the competitive dynamics across different broadband technologies. It does not analyze the market power of specific companies or reach definitive conclusions about the current state of competition for residential broadband services. The section then discusses how new technologies and network upgrades present both opportunities and challenges to competition in the near future. It concludes with several recommendations to promote competition and to improve the data the government collects to assess the state of competition in broadband markets in the future”, in <http://download.broadband.gov>.*

Il piano si propone, tra l'altro, di:

- incoraggiare lo sviluppo di una Rete *Broadband* che raggiunga, entro il 2015, almeno 100 milioni di abitazioni con una velocità reale paria a 50 Mbps in *download* e 20 Mbps in *Upload* e che arrivi a 100 Mbps in *download* e 50 Mbps in *upload* entro il 2020¹⁵⁶;
- garantire l'accesso alla banda larga attraverso un piano decennale finanziato dal Fondo Servizio Universale;
- collegare edifici pubblici, scuole ed ospedali con una velocità pari ad 1 Gigabit/s e creare un network wireless pubblico che, per motivi di pubblica sicurezza, funzioni in caso di calamità.

La Commissione Federale per le Comunicazioni ha impostato per lo sviluppo della Rete infrastrutturale una politica che riesca ad armonizzare gli interventi dei diversi operatori presenti sul mercato. Per far ciò, la FCC ha previsto che l'Amministrazione federale debba prevedere norme che agevolino la posa di condotte nelle infrastrutture pubbliche, incoraggiando il coordinamento con gli “*dig once*” (operatori privati) e gli accordi tra questi ultimi (*co-investment*).

La regolazione all'accesso all'infrastruttura deve essere impostata in modo tale da non distorcere la concorrenza, non essere discriminatoria, essere giusta e

¹⁵⁶ Negli ultimi anni, il mercato USA delle telecomunicazioni sta registrando una crescita costante di traffico. Le condizioni di mercato mostrano che il 5% delle famiglie non è servito dalla rete fissa, mentre l'82% delle abitazioni ha la possibilità di scegliere tra 2 o più operatori. Sulla rete fissa, le aziende di telefonia via cavo (che non è presente in Italia) sono quelle che aggiorneranno la rete più velocemente, coprendo in 3 anni il 100% delle case da loro raggiunte con la tecnologia DOCSIS 3.0 (velocità massima in download 50Mbps). Per quanto riguarda invece la rete mobile, è risaputa l'importanza sempre crescente delle reti *wireless*. Il governo americano fa presente che circa il 74% dei nuovi apparati venduti riguarda un portatile ed una crescita esponenziale si è avuta anche nel commercio degli *smart phone*. Al momento tre quarti della popolazione è servita da almeno tre *providers* di tecnologia 3G. I programmi di sviluppo degli operatori statunitensi intendono sviluppare una rete 4G, la cui velocità media in *downloading* si prevede paria a 5Mbps, in <http://minister.dbcde.gov.au>.

ragionevole e basata sul principio del *Cost-based* (ossia del recupero dei crediti).

La riforma del servizio universale¹⁵⁷ fornirà, entro il 2020, una velocità pari ad almeno 4 Mbps in *download* sia favorendo gli investimenti e lo sviluppo della Rete nelle aree rurali sia attraverso programmi che sviluppino l'alfabetizzazione digitale.

Una delle raccomandazioni del *Broadband Plan* prevede che la FCC istituisca il *Connect America Fund*¹⁵⁸ (CAF) con i compiti di:

- 1) garantire la trasparenza nell'uso dei fondi;
- 2) sovvenzionare in tali aree l'ingresso di un solo operatore, in modo da minimizzare l'onere finanziario;
- 3) indirizzare risorse verso le aree dove nessun operatore abbia convenienza a fornire un servizio di banda larga;
- 4) rispettare il principio di neutralità tecnologica.

Si rende necessario, per favorire ciò, l'intervento pubblico almeno nelle zone non redditizie e a favore delle categorie degli utenti più deboli, al fine di evitare la loro esclusione dai benefici dalla connettività veloce.

Anche l'amministrazione dell'attuale Presidente americano segue questa linea ormai consolidata. Nel suo primo programma elettorale (*"Blueprint for change"*¹⁵⁹), veniva annunciata l'aiuto dello Stato nelle zone rurali per

¹⁵⁷ Per una ricostruzione della disciplina americana in tema di servizio universale nelle telecomunicazioni si veda Bassan, *Il Telecommunication Act statunitense due anni dopo*, in *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, a cura di Bonelli e Cassese, Milano, 1999.

¹⁵⁸ Cfr. al riguardo <http://www.broadband.gov/plan/8-availability/>.

¹⁵⁹ Cfr. <http://www.barackobama.com/pdf/ObamaBlueprintForChange.pdf>.

abbattere il *digital divide*, al fine di migliorare la sanità e l'istruzione in quelle aree del territorio svantaggiate e lo sviluppo della *Next Generation Broadband* su tutto il territorio degli Stati Uniti.

Obama ha messo in evidenza la necessità di puntare, per la formazione delle *new generation*, sull'*e-learning* e sulla formazione *life-long*. Inoltre, l'utilizzo della *Broadband* avrebbe permesso anche di abbassare i costi della sanità e di rendere più moderno il sistema di pubblica sicurezza.

Nel 2009 è stato accettato ed adottato l'*American Recovery and Reinvestment Act*¹⁶⁰ con il quale sono stati concessi 7,2 bilioni di dollari per lo sviluppo della connessione su tutto il territorio americano che riguardasse sia la Rete fissa sia quella *wireless*. Una porzione delle risorse è indirizzata a favore delle aree rurali¹⁶¹. Affinchè non venissero sprecate le risorse la *National Telecommunication and Information Administration* (NTIA) ha predisposto una mappa delle reti già esistenti, in modo tale da individuare le aree che potessero essere finanziate da privati e quelle che invece necessitavano dell'intervento pubblico.

L'assegnazione dei fondi viene fatta in base ai progetti maggiormente competitivi, tenendo conto, qualora nello stesso Stato fossero stati già elargiti dei fondi, se il progetto riguarda un settore in cui esiste un notevole interesse per la sicurezza pubblica, (ad esempio zone soggette a terremoti o uragani),

¹⁶⁰ *American Recovery and Reinvestment Act of 2009*, One Hundred Eleventh Congress of the United State of America, in http://www.recovery.gov/About/Pages/The_Act.aspx.

¹⁶¹ Vengono stanziati 2,5 bilioni di dollari per quello che viene chiamato "*Broadband Initiatives Program*", gestito dal *Department of Agriculture*. I finanziamenti hanno l'obiettivo di sviluppare la banda larga nelle aree rurali per agevolare lo sviluppo economico e per far sì che queste comunità abbiano le stesse possibilità degli altri cittadini. I fondi saranno indirizzati, in *primis*, agli ospedali, alle scuole e alle università.

oppure se l'infrastruttura realizzata possa aumentare la disponibilità dei servizi per la maggior parte della popolazione.

Il controllo viene demandato all'*Assistant Secretary of Commerce for Communications and Information* che ha il compito di vigilare sui costi sostenuti e soprattutto, di verificare che i fondi siano utilizzati effettivamente in base alle previsioni di legge.

Da quanto illustrato, si evince che gli interventi dello Stato per finanziare un servizio di interesse generale sembrano essere uno strumento che l'America ha scelto "*should lead the world in mobile innovation, with the fastest and most extensive wireless networks of any nation*¹⁶²". Obiettivo che, come si vedrà successivamente, sembra essere lontano per l'Unione Europea.

Nel sistema statunitense, la FCC è l'Autorità preposta ad effettuare la revisione del paniere delle prestazioni universali che, per realizzare la modifica del catalogo, prende in considerazione i criteri dettati dal *Telecommunication Act* del 1996. Quindi, può entrare nell'elenco dei servizi universali:

- ciò che è indispensabile per la salute pubblica o sicurezza pubblica, per l'educazione;
- quello che è stato scelto dalla maggioranza degli abbonati residenziali in base al libero operare delle forze di mercato;
- ciò che si sta sviluppando nel mercato delle telecomunicazioni;
- quello che è compatibile con l'interesse pubblico, la convenienza, e la necessità.

¹⁶² Cfr. <http://www.whitehouse.gov>

Prendendo in considerazione questi parametri, nel caso in cui la FCC ritenga un servizio essenziale per l'educazione, la sicurezza e la salute, non tiene solo conto dei vantaggi che il servizio di per sé potrebbe apportare, ma considera le ulteriori utilità che possono essere somministrate attraverso quel servizio. La previsione circa i servizi da introdurre nel paniere, di conseguenza, non viene fatta tenendo conto solo se la diffusività del servizio da introdurre è necessaria ai fini dell'inclusione sociale, ma anche considerando il beneficio che il godimento del servizio può apportare all'intera collettività a prescindere dal fatto che il servizio sia già diffuso¹⁶³.

3.2 La banda larga e ultra-larga in Europa

Il settore delle comunicazioni elettroniche ha subito nel tempo molte metamorfosi, nell'assetto sia normativo sia organizzativo europeo, da un lato a fronte di un rapido sviluppo tecnologico ed economico, dall'altro lato quale effetto della liberalizzazione e della privatizzazione volute e perseguite dall'ordinamento sovranazionale¹⁶⁴.

¹⁶³In merito v. Graziadei, *Il servizio universale di telecomunicazione: suggerimenti dell'esperienza americana in merito ad alcuni aspetti qualificanti*, in <http://www.archivioceradi.luiss.it>, che definisce che il sistema comunitario, rispetto a quello statunitense, si limita a prendere in considerazione solo quei nuovi servizi che si sono diffusi positivamente su larga scala, e che, per tal motivo, devono essere garantiti a tutti.

¹⁶⁴ È opinione comune che la prima definizione normativa di servizio universale sia contenuta nel preambolo del *Communication Act* del 1934, dove si sanciva di rendere disponibile, per quanto possibile, a tutta la popolazione degli Stati Uniti un servizio di comunicazione nazionale e mondiale a costi ragionevoli. Attuando tale principio la *Federal Communication Commission* (FCC) americana avrebbe adottato una complessa normativa derivata (cfr. Brogi, *Liberalizzazione e servizio universale: l'esperienza statunitense*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Santaniello, Vol. XXVIII, Milano, 1999; Valastro, *Il servizio universale, fra libertà di comunicazione e diritto dell'informazione*, in *Il diritto delle*

Secondo il considerando n. 4 della Dir. 2002/22/CE, il servizio universale è “*la fornitura di un insieme minimo definito di servizi a tutti gli utenti finali a prezzo abbordabile*”, eventualmente diverso, “*da quello risultante dalle normali condizioni di mercato*”¹⁶⁵.

Nonostante si sia parlato di servizio universale come di una nozione nuova rispetto al concetto tradizionale di servizio pubblico, in realtà l’idea-base di servizio universale è coesistente a quella di servizio pubblico¹⁶⁶. L’intervento dello Stato nella disciplina dei servizi pubblici è indirizzato alla fruizione generalizzata di alcuni beni o servizi da parte di tutti i cittadini, dietro

radiodiffusioni e delle telecomunicazioni, RAI-ERI, 1999). Secondo una diversa ricostruzione (Mueller, *Universal Service: competition interconnection and monopoly in the making of the American Telephone System*, Massachusetts, 1997), l’attuale concetto di servizio universale si sarebbe al contrario affermato solo successivamente alla legge del 1934, e non per garantire un’alta penetrazione del servizio telefonico ma solo per assicurare a posteriori una ragione alla difesa della teoria del monopolio ed in particolare del monopolio delle *Bells*. Per l’evoluzione del settore cfr, G. De Minico, “*Le telecomunicazioni: A) le Direttive CE sulle comunicazioni elettroniche e la sub-materia delle telecomunicazioni*”, in <http://www.astrid-online.it>; De Minico, *Decreto di recepimento del pacchetto Direttive Ce in materia di comunicazioni elettroniche: conformità o difformità dal diritto comunitario?*, in *Pol. dir.*, 2003, pp.511 e ss; v. anche Manfrelotti, *Il Codice delle comunicazioni elettroniche: profili problematici relativi all’attuazione delle direttive comunitarie*, in <http://www.astrid-online.it>; cfr. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Gior. di dir. amm.*, 2002, pp.689 e ss.

¹⁶⁵ L’articolo 1, comma 2, della Direttiva 2002/22/CE aggiunge: “la presente Direttiva stabilisce i diritti degli utenti finali e i corrispondenti obblighi delle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica accessibile al pubblico. Quanto a garantire la fornitura del servizio universale in un contesto di mercati aperti e concorrenziali, la presente Direttiva definisce l’insieme minimo di servizi di qualità specifica cui tutti gli utenti finali hanno accesso a prezzo abbordabile tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, senza distorsioni di concorrenza”.

L’art.2, comma 1, lett. J), della Direttiva 2002/19/CE (Direttiva Quadro) definisce il servizio universale come “un insieme minimo di servizi di una qualità determinata definiti dalla Direttiva 2002/22/CE, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, ad un prezzo ragionevole”.

¹⁶⁶ Cfr. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p.181 e ss. Al riguardo anche Napolitano, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato, concorrenza, regole*, Bologna, 2000, pp. 429 e ss, dove sono evidenziati soprattutto gli elementi di discontinuità nell’evoluzione della disciplina. Cfr. altresì Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, p.21, la quale sostiene che “l’universalità della prestazione può essere definita come un obiettivo sociale imposto nell’ambito del generale passaggio dai regimi speciali del servizio pubblico alla disciplina del diritto comune”.

pagamento di corrispettivi equi. La finalità della regolazione è la coesione sociale e territoriale tra gli individui, ai sensi dell'art.16 del Trattato di Amsterdam o, nell'ambito dell'ordinamento italiano, l'eguaglianza sostanziale di cui all'art.3, comma 2, Cost., da connettere con la tutela dei consumatori, indipendentemente dalla loro localizzazione e capacità economica.

Il nucleo fondamentale della tradizionale disciplina dei servizi pubblici era ravvisabile nell'intento di assicurare il servizio pubblico: da qui la necessità di identificare i produttori del servizio stesso e proteggerli dai pericoli e dalle logiche mutevoli di mercato. Questa linea apriva la strada al monopolio legale regolato da leggi amministrative o, in alternativa, al modello della concessione ad un numero chiuso di esercenti privati, sempre con una regolazione amministrativa del prezzo e della qualità offerta¹⁶⁷.

Con l'avvento della liberalizzazione, la disciplina unitaria dei mercati dell'offerta di servizi di interesse economico generale è venuta meno ed il mercato si è suddiviso ed articolato in tre sezioni, ossia:

- la parte centrale dei servizi caratterizzati da una situazione di monopolio naturale e di conseguenza destinata a rispettare la regolamentazione del monopolio legale¹⁶⁸;

¹⁶⁷ Cfr. Cassese, *La retorica del servizio universale*, in *Telecomunicazione e servizio universale*, a cura di Frova, Milano, 1992, pp. 92 e ss. L'illustre autore scrive che la soluzione del monopolio pubblico o in concessione non è necessariamente irrazionale, quando si pongano effettivamente problemi di produzione di servizi pubblici essenziali. In particolare, quella soluzione può essere efficiente ed equa se non sussistono ragioni di stimolo dell'innovazione attraverso la concorrenza fra operatori indipendenti.

¹⁶⁸ Il nucleo è però limitato, rispetto al passato, alle infrastrutture essenziali non riproducibili e l'attività è remunerata con tariffe orientate ai costi. Nel settore delle comunicazioni elettroniche, questo modello è sembrato applicabile solo al c.d. ultimo miglio delle tradizionali reti in rame e quindi ad una porzione di mercato destinata all'esaurimento, nella prospettiva della realizzazione di reti di comunicazione elettronica di nuova generazione.

- un'altra parte di attività indirizzata a svolgersi in un contesto concorrenziale;
- un nucleo residuale di prestazioni non remunerative, ma motivate da logiche sociali soggette a regolamentazione vincolante.

Da questa strutturazione del mercato, il *servizio universale*, che, nel sistema tradizionale¹⁶⁹, era ricondotto all'interno della disciplina del monopolio legale, seppur costituendone il perno, affiora come un nucleo indipendente della regolazione amministrativa dei mercati delle telecomunicazioni¹⁷⁰.

La direttiva europea in materia di servizio universale¹⁷¹ definisce i contenuti del servizio universale solamente in ambito telefonico. Essi sono:

¹⁶⁹ Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., p.194, che afferma che è di natura politica la valutazione del fallimento del mercato che giustifica l'intervento correttivo dei pubblici poteri a favore dell'universalità della prestazione.

¹⁷⁰ L'art. 3 d.p.r. 318/97, sulla scorta delle prime direttive comunitarie dettava un lungo elenco, incentrato sulla fornitura del servizio di telefonia fissa.

1. Il servizio universale di telecomunicazioni comprende:

- a) *il servizio di telefonia vocale inteso, tra l'altro, come fornitura agli utenti finali in postazioni fisse di un servizio che consente:*
 - 1) *di effettuare e ricevere chiamate nazionali e internazionali;*
 - 2) *le comunicazioni fax almeno del gruppo III, in base alle raccomandazioni dell'UIT-T della serie T;*
 - 3) *la trasmissione di dati nella banda vocale attraverso modem ad una velocità minima di 2.400 bit/s, in base alle raccomandazioni dell'UIT-T della serie V;*
 - 4) *l'accesso gratuito ai servizi di emergenza;*
 - 5) *la fornitura dei servizi tramite operatore;*
- b) *la fornitura dell'elenco degli abbonati limitatamente alla rete urbana di appartenenza;*
- c) *i servizi di informazione abbonati;*
- d) *la fornitura di apparecchi telefonici pubblici a pagamento, in coerenza con le esigenze degli utenti disabili ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n.104;*
- e) *la fornitura di un servizio a condizioni speciali e la fornitura di opzioni speciali per gli utenti disabili o con particolari esigenze sociali;*
- f) *i collegamenti e i servizi concernenti la cura di interessi pubblici nazionali, con specifico riguardo ai servizi di pubblica sicurezza, di soccorso pubblico, di difesa nazionale, di giustizia, di istruzione e di governo; i relativi oneri sono posti a carico del richiedente, fatte salve le eccezioni previste dalla legge.*

2. Il contenuto del servizio universale può evolvere sulla base del progresso tecnologico e degli sviluppi del mercato e la relativa valutazione e la sua eventuale revisione sono effettuate almeno ogni due anni dal Ministro delle comunicazioni, sentita l'Autorità.

Al riguardo cfr. Mariniello, *Il servizio universale nel settore delle comunicazioni elettroniche: attuali modalità di finanziamento ed ipotesi di riforma*, in *Dir. dell'econ.*, 2007, pp. 721 e ss.

¹⁷¹ Direttiva 2002/22/CE del 7 marzo 2002.

- la fornitura dell'accesso ai servizi telefonici in postazione fissa (art.4);
- l'accesso all'elenco abbonati e a servizi di consultazione degli elenchi (art.5);
- la messa a disposizione di telefoni pubblici a pagamento (art.6);
- la predisposizione di misure speciali per garantire ai disabili l'accesso ai servizi accessibili al pubblico (art.7).

Questo è un elenco modificabile in quanto la sua dinamicità è posta a garanzia dell'evolversi della domanda. Ciò ha come conseguenza che un bene, attualmente non essenziale, potrà esserlo in futuro¹⁷². Naturalmente la flessibilità della revisione della lista non è assegnata all'indiscussa discrezionalità della Commissione, ma è indirizzata da parametri normativi¹⁷³ quali: il vantaggio generale costi/benefici per tutti i consumatori, l'evoluzione delle condizioni tecnologiche, sociali e commerciali e la diffusività della domanda di prestazioni.

¹⁷² L'art. 15 della Direttiva 2002/22/CE, in merito al riesame del servizio universale prevede:
"1. La Commissione procede periodicamente al riesame del contenuto del servizio universale, in particolare al fine di proporre al Parlamento europeo e al Consiglio la modifica o la ridefinizione del contenuto medesimo. Il riesame è effettuato per la prima volta dopo due anni dalla data di applicazione di cui all'articolo 38, paragrafo 1, comma 2, e successivamente ogni 3 anni.

2. Il riesame è effettuato alla luce degli sviluppi sociali, economici e tecnologici, tenendo conto, tra l'altro, della mobilità e della velocità dei dati in ragione delle tecnologie prevalenti adottate dalla maggioranza degli abbonati. Il processo di riesame avviene conformemente alla procedura stabilita nell'allegato V.

3. La Commissione presenta al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sui risultati del riesame".

¹⁷³ Nell'allegato V della Direttiva 2002/22/CE è previsto che "nel valutare l'opportunità di procedere ad un riesame della portata degli obblighi di servizio universale, la Commissione tiene conto dei seguenti fattori: sviluppi sociali ed evoluzione del mercato per quanto riguarda i servizi utilizzati dai consumatori, sviluppi sociali ed evoluzione del mercato per quanto riguarda la disponibilità e la scelta dei servizi offerti ai consumatori, progressi tecnologici nella fornitura dei servizi ai consumatori".

Da non sottovalutare che il catalogo è incrementabile anche dai singoli Paesi, i quali possono scegliere di offrire ai propri cittadini-utenti ulteriori prestazioni rispetto a quelle comprese negli obblighi del servizio universale¹⁷⁴. Questi diversi servizi devono essere però finanziati con fondi pubblici. Quindi, a tal fine, si rende necessario verificare caso per caso che gli interventi statali siano in linea con la disciplina dell'Unione Europea in tema di aiuti di Stato¹⁷⁵.

La disciplina della direttiva 2002/22/CE è invecchiata precocemente e ciò per un duplice profilo: la generalizzazione dell'uso della telefonia mobile, qualificabile ormai come servizio pubblico essenziale, la crescente diffusione di tecniche di comunicazione "convergenti" o ibride, come il VOIP¹⁷⁶ o i servizi integrati fisso-mobile¹⁷⁷, l'espansione rapidissima dell'utilizzo di *Internet*, che comporta la rapida emarginazione delle vecchie tecniche di accesso *dial-up*¹⁷⁸, troppo lente. Da qui il passaggio e la tendenziale

¹⁷⁴ Quanto detto è previsto all'art. 32 della Direttiva 2002/22/CE che prevede appunto la facoltà per gli Stati di inserire servizi obbligatori supplementari.

¹⁷⁵ I criteri da tenere in considerazione in questa valutazione sono stati definiti dalla giurisprudenza con le sentenze: Corte di Giustizia, Regno del Belgio c Commissione, causa C-142/87 del 21 marzo 1990; Corte di giustizia, Regno del Belgio c. Commissione, cause riunite C279/92 e C-280/92 del 14 settembre 1994; Corte di Giustizia, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, CAUSA C-280/00 del 24 luglio 2003.

¹⁷⁶ Cfr. AGCom n. 11/06/CIR del 7 marzo 2006: Disposizioni regolamentari per la fornitura di servizi *voip* (*Voice Over Internet Protocol*) e integrazione del piano nazionale di numerazione, in <http://www.agcom.it/>

¹⁷⁷ Cfr AGCom n. 415/07/CONS del 2 agosto 2007, in GU n. 209 dell'8.9.2007.

¹⁷⁸ In telecomunicazioni il termine *Dial-up* fa riferimento alle connessioni tra computer realizzate con dei *modem* tramite la composizione di una normale numerazione telefonica, cioè dunque utilizzando l'usuale banda fonica a bassa frequenza, grazie a opportuni programmi detti *dialer*. Nelle connessioni *Dial-up* è quindi la linea telefonica (intesa come l'usuale banda fonica) a rappresentare il canale di comunicazione con la rete (solitamente Internet o le più datate BBS), mentre il protocollo di comunicazione è comunemente rappresentato da PPP e TCP/IP. La connessione viene effettuata tra due computer: un primo, definito *client*, richiede alcuni servizi ad un secondo computer remoto, definito *server*, che fornisce i diversi servizi tra cui quelli di connessione, solitamente ad Internet. Quando si rende necessario instaurare un

identificazione tra accesso alla Rete *Internet* ed accesso alla Rete tramite banda larga e successivamente il passaggio dalla banda larga alla nascente c.d. banda ultralarga (c.d. *Next Generation Network*).

La revisione della Direttiva 2002/22/CE, avvenuta con la Direttiva 2009/136/CE¹⁷⁹, pareva non dovesse presentare grosse novità per quanto riguarda la banda larga.

Gli spunti di innovazione¹⁸⁰ si possono cogliere negli emendamenti avanzati dal Parlamento europeo in seconda lettura¹⁸¹ e nel successivo intervento della Commissione europea¹⁸².

collegamento alla rete, il *modem* del *computer client* non farà altro che una telefonata, all'altro capo del filo risponderà il modem del computer remoto. Il collegamento alla rete cesserà con la fine della telefonata: l'interruzione del collegamento telefonico determina la disconnessione del *computer client* dalla rete. La connessione può essere realizzata tramite *modem* analogici o un'interfaccia ISDN. Le connessioni *Dial-Up* possono essere effettuate sia su linea analogica PSTN (Public Switch Telephone Network o, in italiano, Rete Telefonica Commutata) che su linea digitale ISDN (Integrated Service Digital Network). Le diverse linee determinano diverse velocità di connessione: generalmente una velocità teorica di 56kbps su linea analogica e 64kbps su linea digitale ISDN (128 kbps utilizzando contemporaneamente 2 canali B). Allo stesso modo, modem diversi determinano diverse velocità di connessione. Ad oggi i modem tradizionali permettono una velocità di connessione di fatto insufficiente per la maggior parte delle applicazioni: per esempio, aprire una pagina web dalle dimensioni di 150KB richiede in trasmissione analogica circa un minuto, attraverso un collegamento ADSL o in Fibra ottica la stessa pagina richiede tempi intorno a 1 o 2 secondi. È da considerare inoltre che le connessioni in *Dial-up* hanno tempi di latenza generalmente molto elevati: intorno ai 400ms o più.

¹⁷⁹Il pacchetto regolamentare della Commissione Europea consiste in una serie di azioni di *policy* e misure legislative: una di queste è il “Telecom Package”, che si sostanzia nelle direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE. Cfr. Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n.2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori in Gazzetta ufficiale n. L 337 del 18/12/2009, p. 11-36.

¹⁸⁰Le novità si possono rinvenire dalla lettura dei documenti preparatori della Commissione in linea con gli impegni assunti dal Trattato di Lisbona, che hanno come oggetto il tema dell'*eGovernment*, argomento distinto, ma legato alla Banda Larga. Si veda, al riguardo, “*Il Piano d'azione egovernment per l'iniziativa i2010:accelerare eGovernment in Europa a vantaggio di tutti*”, COM(2006) 173 definitivo (in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0173:FIN:IT:PDF>), in cui la Commissione Europea chiede insistentemente agli Stati di realizzare al più presto il piano comune di digitalizzazione dell'amministrazione. La realizzazione di ciò fa sì che la connettività veloce a Internet sia garantita a tutti i cittadini europei, perché, se così non fosse il

L'obiettivo della revisione era da rintracciare nel rafforzamento della tutela dei diritti dei consumatori, e in particolare, di alcune categorie di utenti; non apparirebbe, invece, modificata la nozione di servizio universale.

Così, nella previsione del 2007, si legge che *“per la creazione di uno spazio unico europeo dell'informazione, che è uno dei pilastri portanti dell'iniziativa i2010, una delle sfide più importanti da affrontare è la riforma del quadro normativo, con particolare attenzione alla sicurezza e alla tutela della vita privata e dei dati a carattere personale. Inoltre, la garanzia di un livello adeguato di fornitura del servizio universale è essenziale per la realizzare una società dell'informazione aperta a tutti”*. Questo inciso, tuttavia, non è in grado di includere la banda larga all'interno del catalogo del servizio universale.

programma rischierebbe di essere un piano politico irrazionale perchè privo di utilità sociale, in quanto la spesa per la rivoluzione digitale dell'amministrazione non porterebbe vantaggi sociali se i cittadini, in mancanza di banda larga, non potessero ricevere i relativi servizi digitalizzati. Al riguardo cfr. *“Comunicazione, Preparare il futuro Digitale dell'Europa, Riesame intermedio dell'iniziativa i2010”*, Bruxelles 17.4.2008, COM (2008) 199 DEFINITIVO (in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0199:FIN:IT:PDF>), dove la Commissione europea ha individuato tra le priorità dell'agenda europea la sicurezza della rete e degli oggetti fino all'uso efficiente e neutrale dello spettro e soprattutto ha ritenuto che l'universo di Internet non deve rimanere un privilegio di pochi ma un'opportunità di crescita per tutti.

¹⁸¹ Parlamento europeo, *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 6 maggio 2009 sulla posizione comune adottata dal Consiglio il 16 febbraio 2009 in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2002/22/CE e della direttiva 2002/58/CE e del regolamento n.2006/200 sulla cooperazione per la tutela dei consumatori*, in <http://www.europarl.europa.eu>. La Commissione per il mercato interno e la Protezione dei Consumatori del Parlamento Europeo ha avuto il merito di introdurre il *Considerando 3 bis*, paragrafo 2, che sancisce che: *“Il collegamento dati alla rete pubblica di comunicazione in posizione fissa deve essere in grado di supportare la trasmissione dati ad alta velocità tale da permettere l'accesso a servizi elettronici on-line quali quelli forniti su Internet pubblica”*.

¹⁸² Commissione europea, *COM/2009/0421 def., Parere della Commissione in applicazione dell'articolo 251, paragrafo 2, terzo comma, lettera c) del trattato CE, sugli emendamenti del Parlamento europeo alla posizione comune del Consiglio relativa alla proposta di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2002/22/CE, della direttiva 2002/58/CE e del regolamento n. 2006/2004 sulla cooperazione per la tutela dei consumatori*, in <http://eur-lex.europa.eu>.

La nascita e lo sviluppo di una efficace ed efficiente società dell'informazione a cui tutti possono partecipare implica che nessuno possa esserne escluso, a maggior ragione le categorie deboli. A tal proposito, il terzo considerando della proposta sottolinea l'esigenza di un rafforzamento delle disposizioni a tutela dei disabili.

L'A.G.Com ha fatto uno sforzo in più, fissando un principio che si pone come base per una riflessione sul motivo che ha indotto la Commissione ad escludere la banda larga dal servizio universale.

L'A.G.Com, con una delibera del 2007¹⁸³, aveva posto l'onere in capo ai fornitori di comunicazione di garantire ai ciechi la "disponibilità di un efficace accesso ad *Internet* da postazione fissa, con riferimento alla necessità da parte loro di tempi di collegamento superiori rispetto agli altri utenti". Inoltre, nel regolamento allegato, veniva precisato che "gli operatori di servizio di accesso ad *Internet* da postazione fissa riconoscono agli utenti ciechi totali e agli utenti nel cui nucleo familiare sia presente un soggetto cieco totalmente la fruizione di almeno novanta ore mensili gratuite di navigazione sul *Web*".

L'Autorità ha disposto, attraverso la delibera 202/08/CONS¹⁸⁴, che -prendendo come assunto la finalità della norma, ossia quella di promuovere l'eguaglianza dei disabili- il collegamento ad *Internet* deve essere a banda larga. Attraverso questo canale, recita l'Autorità, si può raggiungere l'obiettivo prefissato poiché

¹⁸³ V. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni: *Delibera 514/07/CONS. Disposizioni in materia di condizioni economiche agevolate, riservate a particolari categorie di clientela, per i servizi telefonici accessibili al pubblico*, in <http://www.agcom.it>.

¹⁸⁴ V. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Delibera 202/08/CONS. Interpretazione e integrazione dell'art.4 (misure specifiche per ciechi totali) del regolamento allegato alla delibera n.514/07/CONS recante disposizioni in materia di condizioni economiche agevolate, riservate a particolari categorie di clientela, per i servizi telefonici accessibili al pubblico*, in www.agcom.it.

la tecnica di connessione “meno evoluta ancora disponibile sul mercato (*dial-up*) offre prestazioni in termini di velocità di trasmissione che possono ritenersi superate in relazione alla quantità di informazioni e dati normalmente reperibili sul *web*”. Con questa delibera l’Autorità ha tracciato un’impostazione innovativa, anche se finalizzata ad una categoria ristretta e ben individuata di utenti, in quanto la stessa prende in considerazione la capacità della connessione a banda larga e non già il fatto che essa sia diffusa tra gli utenti, guardando alla valutazione dei benefici e delle potenzialità della banda larga.

Sull’altro versante, invece, la Direttiva 2009/136/CE e la Comunicazione della Commissione 2008 continuano ad utilizzare un punto di vista diverso, che guarda ai soggetti interessati e non al contenuto delle prestazioni. Osservando il principio stabilito dalla Direttiva 2002/22/CE , rimasto costante con le modifiche recenti, la banda larga diventerà un mezzo garantito a tutti nel momento in cui diventerà un servizio a disposizione della maggioranza dei fruitori. Quindi, fino a quando ciò non sarà realizzato, il servizio minimo garantito è una connessione *dial up*, con i limiti ad essa connessi.

Seguendo l’*iter* di revisione della Direttiva 2002/22/CE, il Parlamento europeo, in seconda lettura, ha votato un emendamento con il quale è stato introdotto il *considerando n.3-bis*¹⁸⁵, che contiene al suo interno un segnale innovativo e di cambiamento.

¹⁸⁵ È successivamente diventato il considerando 5 della Direttiva 2009/136/CE, che al secondo paragrafo prevedeva: “I collegamenti dati alla rete pubblica di comunicazione in posizione fissa dovrebbero essere in grado di supportare la trasmissione dati ad una velocità tale da permettere l’accesso a servizi elettronici, *on line* quali quelli forniti sulla rete Internet pubblica. La rapidità con la quale un determinato utente accede ad *Internet* può dipendere da un certo numero di fattori, ad esempio dal o dai fornitori dell’allacciamento ad *Internet* o dall’applicazione per la quale è stabilita una connessione. La velocità di trasmissione dati che può essere supportata da una connessione alla rete pubblica di comunicazione dipende dalla capacità dell’apparecchiatura terminale dell’abbonato e della connessione stessa. Per tali

L'innovazione introdotta con questo *considerando* e poi mantenuta nella Direttiva 2009/136/CE risiede nel riferimento alla velocità del collegamento in funzione dei servizi di cui si può usufruire in Rete. Così, è dovuta una velocità di trasmissione che sia “soddisfacente e sufficiente” in vista dell'accesso ad *Internet*. Nonostante questa previsione, il Parlamento europeo non ha modificato l'elenco delle prestazioni, ammettendo solo la possibilità per gli Stati membri di aggiornare i precetti del servizio universale, ricomprendendovi anche la banda larga.

La maggior parte delle autorità nazionali di regolamentazione (NRA) ha accettato la decisione comunitaria di rimettere al livello nazionale la scelta di includere o meno la banda larga all'interno della formazione del servizio universale. In tal modo è più facile seguire l'evoluzione e le conseguenti innovazioni del mercato a livello locale.

motivi non è opportuno rendere obbligatoria su scala comunitaria una determinata velocità di trasmissione dati o di flusso di *bit*. Una certa flessibilità è necessaria per permettere agli Stati membri di prendere, se del caso, le misure necessarie affinché una connessione dati possa supportare velocità di trasmissione soddisfacenti e sufficienti ai fini di un accesso funzionale a Internet, così come definito dagli Stati membri, tenendo debitamente conto di circostanze specifiche nei mercati nazionali, come ad esempio la larghezza di banda utilizzata dalla maggioranza degli abbonati in un dato Stato membro e la fattibilità tecnologica, sempre che tali misure mirino a ridurre al minimo le distorsioni del mercato. Qualora tali misure comportino un onere indebito per un'impresa designata, tenuto conto dei costi e dei benefici economici nonché dei vantaggi immateriali derivanti dalla fornitura dei servizi in questione, questo può essere incluso nel calcolo del costo netto degli obblighi di servizio universale. Si può anche ricorrere alternativamente al finanziamento dell'infrastruttura di rete con fondi comunitari o con interventi nazionali conformi al diritto comunitario”.

3.2.1 Altre Politiche europee: l'Agenda Digitale Europea e la Broadband Communication

Piccoli passi in avanti verso un riconoscimento effettivo dell'accesso ad Internet nel paniere delle prestazioni universali è stato fatto con la stesura dell'Agenda Digitale Europea (EDA¹⁸⁶), pubblicata a Bruxelles il 26 agosto 2010. Si tratta di una Comunicazione della Commissione che definisce le principali politiche per l'ICT da attuare entro il 2015 per raggiungere gli obiettivi fissati al 2020. Ad essa si affianca la *Broadband (BB) Communication* con la quale si delineano le proposte della Commissione per facilitare lo sviluppo di reti a banda larga in Europa.

L'EDA (che sostituisce la *i2010*¹⁸⁷) è una delle sette iniziative proposte nella "Europe 2020", la strategia economica per l'Europa che prosegue la Strategia di Lisbona.

Come sostenuto anche dalla pubblicazione del Rapporto sulla Competitività Digitale¹⁸⁸ (ECDA), la Commissione attraverso l'Agenda individua sette aree di priorità finalizzate a promuovere lo sviluppo dell'ICT:

¹⁸⁶ L'Agenda Digitale Europea è nell'ordinamento delle fonti del diritto comunitario un atto non vincolante sul piano giuridico. Cfr. [COM(2010)245], in <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁸⁷ Con l'iniziativa *i2010*, la Commissione affronta in modo integrato la società dell'informazione e le politiche in materia di audiovisivi nell'Unione europea. Lo scopo dell'iniziativa è quello di coordinare le azioni degli Stati membri per facilitare la convergenza digitale e rispondere alle sfide legate alla società dell'informazione. Per elaborare questo quadro strategico ci si è basati su un'ampia consultazione dei soggetti attivi in questo campo circa le iniziative e gli strumenti precedenti, quali *eEurope* e la comunicazione sul futuro della politica europea in materia di regolamentazione audiovisiva. La Commissione propone tre obiettivi prioritari che le politiche europee della società dell'informazione e dei media devono conseguire entro il 2010: la realizzazione di uno spazio unico europeo dell'informazione, il rafforzamento dell'innovazione e degli investimenti nella ricerca sulle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) e la realizzazione di una società dell'informazione e dei media basata sull'inclusione. Cfr. il sito web: http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/c11328_it.htm.

- 1) Mercato unico digitale: per la creazione di un vero mercato unico digitale, la Commissione valuterà l'impatto della direttiva sul commercio elettronico; proporrà inoltre una direttiva sulla gestione dei diritti collettivi per migliorare la *governance*, la trasparenza e le licenze paneuropee. Inoltre, entro il 2012 la Commissione preparerà una relazione sulla necessità di nuove misure per promuovere la cooperazione transfrontaliera.
- 2) Definizione di standard ed interoperabilità;
- 3) Fiducia e sicurezza nel mondo di *Internet*;
- 4) Accesso alle reti ultraveloci (maggiori investimenti): l'EDA stabilisce i seguenti obiettivi per la diffusione della banda larga. Entro il 2013, la banda larga di base, la cui velocità ancora non è stata definita, per tutti gli europei; entro il 2020, la banda larga "veloce" con una velocità superiore ai 30 Mbit/s per tutti gli europei e ultra-veloce con velocità superiore a 100

¹⁸⁸ L'Europa rimane un leader mondiale nel campo delle tecnologie avanzate dell'informazione e delle comunicazioni (TIC). Il *World Wide Web*, lo standard GSM per i telefoni mobili, lo standard MPEG per i contenuti digitali e la tecnologia ADSL sono infatti invenzioni europee. Mantenere questa *leadership* e trasformarla in un vantaggio competitivo costituisce un obiettivo politico importantissimo. Per questo motivo la Commissione ha presentato nel 2005 la strategia i2010 per rafforzare la posizione europea nel campo delle TIC e sfruttare i vantaggi della società dell'informazione a favore della crescita e dell'occupazione in Europa.

Le misure concrete delineate nella strategia i2010 si possono così riassumere:

- rafforzare il mercato unico a favore delle imprese e degli utenti eliminando gli ostacoli regolamentari e rafforzando la coerenza della normativa nel settore delle telecomunicazioni e dei servizi di media audiovisivi (per quanto riguarda in particolare la TV e i servizi video a richiesta);
- stimolare la ricerca e l'innovazione nelle TIC in Europa raggruppando i finanziamenti di ricerca pubblici e privati e concentrandoli nei settori in cui l'Europa è già o può diventare un leader mondiale, come ad esempio la tecnologia mobile LTE (*long term evolution*), che rivoluzionerà la banda larga senza fili, oppure il controllo elettronico della stabilità ESC (*electronic stability control*), che aiuta a prevenire gli incidenti automobilistici in caso di manovre improvvise o sul fondo stradale scivoloso;
- garantire che tutti i cittadini beneficino della leadership europea nel settore delle TIC, in particolare attraverso servizi pubblici on-line di alta qualità accessibili a tutti, attraverso trasporti più sicuri, più intelligenti, più puliti e ad alta efficienza energetica o la possibilità per tutti di accedere con un clic, attraverso la biblioteca digitale europea, al nostro patrimonio culturale europeo. Cfr. il sito web:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0390:FIN:IT:PDF>.

Mbps per il 50% delle famiglie europee. Il finanziamento della Rete di banda larga ad alta velocità deve essere favorito introducendo regole che facilitino la condivisione delle infrastrutture e riducano il rischio di nuovi investimenti. La *Broadband Communication* prevede la possibilità di cooperazione tra la Commissione Europea e la *European Investment Bank* per lo sviluppo di strumenti aggiuntivi di finanziamento come il supporto agli investimenti congiunti tra partner pubblici e privati;

- 5) Investimenti in ricerca e sviluppo, promuovendo il “*cloud computing*” e lo sviluppo di applicazioni e servizi sul *web*;
- 6) Alfabetizzazione digitale;
- 7) Uso delle tecnologie per affrontare le sfide che attendono la nostra società come l’invecchiamento della popolazione e i cambiamenti climatici.

In questo modo, l’Agenda Digitale Europea, “si prefigge di tracciare la strada per sfruttare al meglio il potenziale sociale ed economico delle TIC, in particolare di *Internet*, che costituisce il supporto essenziale delle attività socioeconomiche, che si tratti di creare relazioni d’affari, lavorare, giocare, comunicare o esprimersi liberamente¹⁸⁹” e i più recenti discorsi del Commissario Neelie Kroes¹⁹⁰ hanno individuato nello sviluppo delle infrastrutture di Rete la chiave per il raggiungimento degli importanti traguardi che l’Europa si prefigge nell’orizzonte del 2020.

¹⁸⁹ COM/2010/0245 def. -Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni- in <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁹⁰ In particolare, “*Who pays what? Broadband for all and the future of Universal Service Obligations, Address at Nordic Broadband Forum*”, Copenhagen, 15 settembre 2010 e “*Broadband investment in a difficult economic climate*”, Telecoms Internet Federation Annual Conference, Dublino, 12 ottobre 2010.

3.3 Verso la creazione di una “Società della Rete” in Italia

La dotazione di Reti infrastrutturali e servizi di telecomunicazione (*Information and Communication Technology*- ICT) accompagnata dall'accesso alla Rete *Internet* è considerata condizione essenziale per lo sviluppo del nostro Paese, in quanto capace di ridurre l'isolamento, migliorare la qualità della vita e incentivare l'innovazione.

La capacità di accesso alla Rete telematica è, in Italia, differenziata, evidenziando alcune aree del Paese¹⁹¹, soprattutto quelle con una densità di popolazione bassa, in cui la banda larga è assente o in larga parte insufficiente a garantire una copertura costante e di qualità. In alcune zone rurali italiane, anche dove vi è un'adeguata copertura del territorio e della popolazione, si sono verificate problematiche collegate alla velocità di connessione che si riversano direttamente sui servizi offerti ed erogati.

Il governo italiano si è prodigato, fin da subito, per definire un quadro regolamentare proficuo per lo sviluppo e l'introduzione delle nuove tecnologie e dei servizi a banda larga. Il recepimento delle quattro direttive europee¹⁹² con il nuovo Codice delle Comunicazioni Elettroniche¹⁹³, ne è una significativa testimonianza.

¹⁹¹ Alcuni dati che ci fanno capire lo stato della rete Internet in Italia:

- ADSL fino a 20 Mb/s: 58,4 % della popolazione
- ADSL fino a 7 Mb/s: 33,4% della popolazione;
- ADSL fino a 640 Kb/s: 3,8% della popolazione
- In situazione di completo *Digital Divide*: 4,4 della popolazione

Fonte: Ministero dello Sviluppo Economico 2008, in http://agriregionieuropa.univpm.it/dettart.php?id_articolo=676

¹⁹² Le quattro direttive sono: 2002/19/CE (*Accesso*), 2002/20/CE (*Autorizzazioni*), 2002/21/CE (*Quadro*), 2002/22/CE (*Servizio universale*).

¹⁹³ Il Codice delle Comunicazioni elettroniche, approvato con il decreto legislativo n. 259 del 1 agosto 2003, sostituisce il codice postale, di bancoposta e telecomunicazioni del 1973. Il

Con il nuovo Codice, sempre nel rispetto dei principi di trasparenza, proporzionalità, non discriminazione ed equa competizione, la normativa è stata resa più flessibile allo scopo di tenere conto di tutte le tecnologie oggi disponibili, ma, soprattutto, la regolamentazione è stata adeguata alle nuove situazioni economico-sociali determinante dallo sviluppo delle comunicazioni.

La parte più significativa del Codice e che vorrebbe essere innovativa, ma lo è in modo vano per il mercato delle comunicazioni elettroniche¹⁹⁴, è quella contenuta nei primi due titoli, dedicata ai principi generali ed alle reti e servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico.

I nuovi principi disegnano una nuova garanzia per la qualità e l'accessibilità dei servizi pubblici di comunicazione a larga banda e consentono all'Italia di guardare all'Europa con una maggiore garanzia d'apertura al mercato e, quindi, di maggiore modernizzazione per il Paese.

Il nuovo Codice delle Comunicazioni Elettroniche, coerente, ma poco attento ai principi di tutela dell'unità economica, di tutela della concorrenza e di sussidiarietà, sancisce all'articolo 5¹⁹⁵ il coinvolgimento e il coordinamento

vecchio Codice Postale era fondato sull'esistenza di norme esclusive o speciali nel settore delle telecomunicazioni, e privilegiava la proprietà pubblica delle società che operavano nel mercato delle reti e dei servizi di telecomunicazione. In merito cfr. Cambini-Ravazzi-Valletti, *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli stati Uniti e nella UE*, Bologna, 2003; Capantini, *La disciplina dell'accesso e dell'interconnessione*, in *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di Clarich-Cartei, Milano, 2004, pp. 199 e ss.; Ciullo, *Presupposti sostanziali della regolazione*, in Clarich-Cartei, cit. pp.107 e ss. Clarich, *I titoli abilitativi nel nuovo sistema delle comunicazioni elettroniche*, in *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, a cura di Mobidelli-Donati, Torino, 2005, pp. 35 e ss.

¹⁹⁴ Il mercato delle comunicazioni elettroniche è quello che comprende servizi che utilizzano qualsiasi tipo di rete o infrastruttura (come cavi, antenne, centrali) che possa servire a trasmettere o trasportare segnali. Nel settore rientrano quindi tanto la vecchia rete telefonica in rame che le onde radio o le nuove tecnologie digitali e satellitari.

¹⁹⁵ Art. 5, Codice delle Comunicazioni elettroniche, rubricato "Regioni ed Enti locali":

delle Regioni e degli Enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e nel rispetto dei principi di cui al comma primo dell'articolo 117 Cost., lasciando spazi d'autonomia per il progresso delle reti locali e per la promozione di reti e servizi a banda larga nelle strutture pubbliche localizzate sul territorio. In particolare, guardando sempre ai principi di tutela dell'unità economica, di sussidiarietà tra Stato e Regioni e di tutela della concorrenza, le Regioni e gli Enti locali possono dettare le disposizioni in materia di:

- identificazione di reti e servizi a larga banda da assicurare in aree locali;

1. Lo Stato, le Regioni e gli Enti locali, ferme restando le competenze legislative e regolamentari delle Regioni e delle Province autonome, operano in base al principio di leale collaborazione, anche mediante intese ed accordi. Lo Stato, le Regioni e gli Enti locali concordano, in sede di Conferenza Unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 (in seguito denominata "Conferenza Unificata"), le linee generali dello sviluppo del settore, anche per l'individuazione delle necessarie risorse finanziarie. A tal fine è istituito, nell'ambito della Conferenza Unificata, avvalendosi della propria organizzazione e senza oneri aggiuntivi per la finanza pubblica, un Comitato paritetico, con il compito di verificare il grado di attuazione delle iniziative intraprese, di acquisire e scambiare dati ed informazioni dettagliate sulla dinamica del settore e di elaborare le proposte da sottoporre alla Conferenza.

2. In coerenza con i principi di tutela dell'unità economica, di tutela della concorrenza e di sussidiarietà, nell'ambito dei principi fondamentali di cui al Codice e comunque desumibili dall'ordinamento della comunicazione stabiliti dallo Stato, e in conformità con quanto previsto dall'ordinamento comunitario ed al fine di rendere più efficace ed efficiente l'azione dei soggetti pubblici locali e di soddisfare le esigenze dei cittadini e degli operatori economici, le Regioni e gli Enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e nel rispetto dei principi di cui al primo comma dell'articolo 117 della Costituzione, dettano disposizioni in materia di:

- a) individuazione di livelli avanzati di reti e servizi di comunicazione elettronica a larga banda, da offrire in aree locali predeterminate nell'ambito degli strumenti di pianificazione e di sviluppo, anche al fine di evitare fenomeni di urbanizzazione forzata ovvero di delocalizzazione di imprese;
- b) agevolazioni per l'acquisto di apparecchiature terminali d'utente e per la fruizione di reti e servizi di comunicazione elettronica a larga banda;
- c) promozione di livelli minimi di disponibilità di reti e servizi di comunicazione elettronica a larga banda, nelle strutture pubbliche localizzate sul territorio, ivi comprese quelle sanitarie e di formazione, negli insediamenti produttivi, nelle strutture commerciali ed in quelle ricettive, turistiche ed alberghiere;
- d) definizione di iniziative volte a fornire un sostegno alle persone anziane, ai disabili, ai consumatori di cui siano accertati un reddito modesto o particolari esigenze sociali ed a quelli che vivono in zone rurali o geograficamente isolate.

3. L'utilizzo di fondi pubblici, ivi compresi quelli previsti dalla normativa comunitaria, necessari per il conseguimento degli obiettivi indicati al comma 2, lettere a) e b), deve avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza, non distorsione della concorrenza, non discriminazione e proporzionalità. 4. Le disposizioni del Codice sono applicabili nelle Regioni a statuto speciale e nelle Province autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con i rispettivi statuti e norme di attuazione, anche con riferimento alle disposizioni del Titolo V, parte II, della Costituzione, per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampia rispetto a quelle già attribuite.

- facilitazioni per l'acquisto d'apparecchiature terminali d'utente e per la fruizione di reti e servizi di comunicazione elettronica a banda larga;
- promozione di minimi livelli di disponibilità di reti e servizi di comunicazione elettronica a larga banda nelle strutture pubbliche, negli insediamenti produttivi, nelle strutture commerciali e in quelle turistiche e alberghiere;
- iniziative di supporto per anziani, disabili e consumatori residenti in zone rurali o geograficamente isolate.

All'articolo 25¹⁹⁶ del suddetto Codice, inoltre, è sancito il principio più generale per il quale la fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica è

¹⁹⁶ Art. 25, Codice delle Comunicazioni elettroniche, rubricato "Autorizzazione generale per le reti e i servizi di comunicazione elettronica": 1. L'attività di fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica è libera ai sensi dell'articolo 3, fatte salve le condizioni stabilite nel presente Capo e le eventuali limitazioni introdotte da disposizioni legislative regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini o le imprese di Paesi non appartenenti all'Unione europea o allo Spazio economico europeo, o che siano giustificate da esigenze della difesa e della sicurezza dello Stato e della sanità pubblica, compatibilmente con le esigenze della tutela dell'ambiente e della protezione civile, poste da specifiche disposizioni, ivi comprese quelle vigenti alla data di entrata in vigore del Codice. 2. Le disposizioni del presente Capo si applicano anche ai cittadini o imprese di Paesi non appartenenti all'Unione europea, nel caso in cui lo Stato di appartenenza applichi, nelle materie disciplinate dal presente Titolo, condizioni di piena reciprocità. Rimane salvo quanto previsto da trattati internazionali cui l'Italia aderisce o da specifiche convenzioni. 3. La fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica, fatti salvi gli obblighi specifici di cui all'articolo 28, comma 2, o i diritti di uso di cui all'articolo 27, è assoggettata ad un'autorizzazione generale, che consegue alla presentazione della dichiarazione di cui al comma 4. 4. L'impresa interessata presenta al Ministero una dichiarazione resa dalla persona fisica titolare ovvero dal legale rappresentante della persona giuridica, o da soggetti da loro delegati, contenente l'intenzione di iniziare la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica, unitamente alle informazioni strettamente necessarie per consentire al Ministero di tenere un elenco aggiornato dei fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica, da pubblicare sul proprio Bollettino ufficiale e sul sito Internet. Tale dichiarazione costituisce denuncia di inizio attività e deve essere conforme al modello di cui all'allegato n. 9. L'impresa è abilitata ad iniziare la propria attività a decorrere dall'avvenuta presentazione della dichiarazione e nel rispetto delle disposizioni sui diritti di uso stabilite negli articoli 27, 28 e 29. Ai sensi dell'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni, il Ministero, entro e non oltre sessanta giorni dalla presentazione della dichiarazione, verifica d'ufficio la sussistenza dei presupposti e dei requisiti richiesti e dispone, se del caso, con provvedimento motivato da notificare agli interessati entro il medesimo termine, il divieto di prosecuzione dell'attività. Le imprese titolari di autorizzazione sono tenute all'iscrizione nel registro degli operatori di comunicazione di cui all'articolo 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249. 5. La cessazione dell'esercizio di una rete o dell'offerta di un servizio di comunicazione elettronica, può aver luogo in ogni tempo. La cessazione deve essere comunicata agli utenti almeno 90 giorni prima, informandone

libera, fatte salve quelle vigenti alla data di entrata in vigore del nuovo codice, quelle dettate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

Per richiedere l'autorizzazione generale per la fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica è prevista la presentazione di una dichiarazione al Ministero delle Comunicazioni che costituisce denuncia d'inizio attività, la quale consente all'impresa di svolgere l'attività sin da subito, in quanto il controllo è fatto *ex post* e non, come in precedenza, *ex ante*.

In tal modo gli enti locali, secondo le direttive dello Stato, potranno partecipare a pieno titolo alla creazione delle più vantaggiose condizioni allo scopo di diffondere le nuove tecnologie sul territorio. In tal modo, si darebbe una forte spinta alla coesione sociale ed economica a livello locale, soprattutto nel sud del Paese.

Così, il nostro legislatore, nonostante abbia introdotto l'accesso ad *Internet* tramite banda larga tra gli articoli del Codice, non prevede la sua inclusione all'interno dei servizi considerati universali. L'art.54¹⁹⁷ del Codice non impone

contestualmente il Ministero. Tale termine è ridotto a trenta giorni nel caso di cessazione dell'offerta di un profilo tariffario. 6. Le autorizzazioni generali hanno durata non superiore a venti anni e sono rinnovabili. L'impresa interessata può indicare nella dichiarazione di cui al comma 4 un periodo inferiore. Per il rinnovo si applica la procedura di cui al medesimo comma 4 e la presentazione della dichiarazione deve avvenire con sessanta giorni di anticipo rispetto alla scadenza. 7. La scadenza dell'autorizzazione generale coincide con il 31 dicembre dell'ultimo anno di validità. 8. Una autorizzazione generale può essere ceduta a terzi, anche parzialmente e sotto qualsiasi forma, previa comunicazione al Ministero nella quale siano chiaramente indicati le frequenze radio ed i numeri oggetto di cessione. Il Ministero entro sessanta giorni dalla presentazione della relativa istanza da parte dell'impresa cedente, può comunicare il proprio diniego fondato sulla non sussistenza in capo all'impresa cessionaria dei requisiti oggettivi e soggettivi per il rispetto delle condizioni di cui all'autorizzazione medesima. Il termine è interrotto per una sola volta se il Ministero richiede chiarimenti o documentazione ulteriore e decorre nuovamente dalla data in cui pervengono al Ministero stesso i richiesti chiarimenti o documenti.

¹⁹⁷ Art. 54 - Fornitura dell'accesso agli utenti finali da una postazione fissa: 1. Qualsiasi richiesta ragionevole di connessione in postazione fissa alla rete telefonica pubblica e di

a carico degli operatori obbligati alla fornitura del servizio universale l'obbligo di ricomprendere anche i collegamenti a banda larga. Ciò ha come conseguenza che nessun operatore fornirà i suddetti servizi a prezzi controllati in zone territoriali che non siano vantaggiose commercialmente. Si deve, però, ribadire che la concezione secondo cui *Internet* rientrerebbe nel servizio universale viene rifiutata anche dalle istituzioni comunitarie¹⁹⁸, per il principio secondo cui la connessione a banda larga non rientra fra quelle contraddistinte dalla cd. *diffusività*, intendendosi la richiesta di accesso al servizio della maggioranza dei cittadini.

Con il nuovo Codice, inoltre, la normativa è stata resa più flessibile al fine di tenere conto di tutte le tecnologie oggi disponibili, ma, soprattutto, la regolamentazione è stata adeguata alle nuove situazioni economico-sociali determinate dallo sviluppo delle comunicazioni. Tra i principi di riferimento del nuovo testo vi sono infatti i seguenti: accesso al mercato basato su criteri di proporzionalità, non discriminatorietà, oggettività e trasparenza; efficienza nell'uso dello spettro radio, anche attraverso l'introduzione del commercio delle frequenze (*frequency trading*); definizione tempestiva di procedure

accesso da parte degli utenti finali ai servizi telefonici accessibili al pubblico in postazione fissa è soddisfatta quanto meno da un operatore. Il Ministero vigila sull'applicazione del presente comma.2. La connessione consente agli utenti finali di effettuare e ricevere chiamate telefoniche locali, nazionali ed internazionali, facsimile e trasmissione di dati, nel rispetto delle norme tecniche stabilite nelle Raccomandazioni dell'UIT-T, e deve essere tale da consentire un efficace accesso ad Internet.

¹⁹⁸ La Svizzera ha adottato una soluzione diversa rispetto a quanto previsto dall'Unione Europea. La Commissione Federale delle Comunicazioni alla fine di giugno 2007 ha infatti investito l'operatore Swisscom, quale concessionario del servizio universale a partire dal 2008. Tale operatore sarà tenuto per i prossimi dieci anni, a fornire le prestazioni del servizio universale in materia di telecomunicazioni a tutta la cittadinanza e in tutte le aree territoriali. Questa concessione obbliga la compagnia Swisscom a fornire, oltre al collegamento analogico e digitale, anche una connessione Internet a banda larga. Quindi in Svizzera all'interno del paniere dei servizi universali è stato introdotto il servizio Internet ad alta velocità.

trasparenti e non discriminatorie per l'installazione delle infrastrutture; semplificazione delle procedure amministrative; interoperatività dei servizi digitali; riconoscimento dei rispettivi ruoli e doveri del Ministro delle Comunicazioni e dell'Autorità Nazionale di Regolamentazione (NRA); regolamentazione dell'accesso e dell'interconnessione flessibile e proiettata al futuro; salvaguardia del servizio universale nel mercato competitivo¹⁹⁹.

Per la definizione di un modello efficiente di avvio della larga banda in particolare nel Mezzogiorno, che è l'area italiana più sottosviluppata in termini di infrastrutture per l'accesso ad Internet, il Codice ha sancito che il Governo Italiano avvii un piano di investimenti finalizzati alle infrastrutture e ai servizi, alla realizzazione di cavidotti e cablaggi in circa 210 aree industriali e 70 città del Sud. Il modello d'intervento ipotizzato prevede una società per i servizi e una per le infrastrutture. L'industria del settore (infrastrutture e servizi di telecomunicazioni) dispone di tutte le necessarie competenze progettuali, realizzative e gestionali e può giocare un ruolo importante nello svolgimento efficiente ed efficace dei progetti per la larga banda nel Sud²⁰⁰.

In merito a questo piano di sviluppo del mezzogiorno è necessario sottolineare che all'art. 6 del prima citato Codice "lo Stato, le Regioni e gli enti locali, o loro associazioni, non possano fornire reti o servizi di comunicazione

¹⁹⁹ È prevista l'istituzione di un Comitato paritetico (senza oneri aggiuntivi per la finanza pubblica) nell'ambito della Conferenza Unificata allo scopo di:

- verificare il grado di attuazione delle iniziative intraprese;
- scambiare delle informazioni sulle dinamiche del settore;
- elaborare proposte per la Conferenza Unificata;

²⁰⁰ Con la delibera 19/2004 del CIPE, il fondo aree sottosviluppate è stato finanziato per 750 milioni di euro, di cui l'85% doveva essere destinato al Sud Italia e il 15% alle aree del Centro-Nord, Cfr. "Rapporto ISBUL, WP 3.3", in <http://www.progettoisbul.net>.

elettronica accessibili al pubblico, se non attraverso società collegate o controllate”.

Al riguardo, il modello della società *Infratel*²⁰¹ incardina un’ipotesi di finanziamento pubblico volto alle aree soggette a fallimento di mercato, dove l’infrastruttura è di proprietà dello Stato ed è successivamente messa a disposizione del privato o della Pubblica Amministrazione. Per questo motivo, questa nuova società rappresenta il soggetto attuatore, in linea con le disposizioni del Ministero delle Comunicazioni, degli interventi di sviluppo delle infrastrutture delle reti di telecomunicazione abilitanti alla banda larga. La strategia è quella di completare la Rete installando fibra dove il privato stabilisca di non installarla perché valuta l’investimento non economico. In sostanza, l’obiettivo primario verrebbe a configurarsi con l’obbligo di completare la Rete privata con denaro pubblico. Ciò ha come conseguenza, però, che Infratel non può offrire servizi agli utenti finali, competenza che spetta in seconda battuta al gestore privato che acquista l’infrastruttura²⁰².

²⁰¹ Così, attraverso il CIPE, è stato stanziato un fondo destinato a finanziare un lo sviluppo della Banda larga nel Mezzogiorno assegnato a Sviluppo Italia, che opera attraverso una società di scopo controllata, ossia Infrastrutture e telecomunicazioni per l’Italia S.p.A. (Infratel). L’Autorizzazione generale del Ministero delle Comunicazioni, resa ai sensi dell’art. 25, quarto comma del d.lgs.n. 259 del 1 agosto 2003, ha incaricato Infratel, a partire dal 22 dicembre 2004, alla realizzazione e offerta di infrastrutture di rete di telecomunicazioni agli operatori e ai provider di settore e alla Pubblica amministrazione. Al riguardo cfr. Convenzione del 22 dicembre 2003, sottoscritta tra il Ministero delle Comunicazioni e Sviluppo Italia S.p.A.

²⁰² Contrariamente a quanto appena detto, si segnala che in passato il Ministero delle Comunicazioni, Infratel S.p.A., e i primi due operatori, ossia Telecom Italia e Fastweb, hanno stipulato dei protocolli d’intesa per favorire lo sviluppo di infrastrutture a banda larga su tutto il territorio nazionale. La finalità dell’accordo è quello di individuare le forme perseguibili di sinergia sul territorio per creare un’infrastruttura evoluta di banda larga.

3.3.1 Il Broadband Plan italiano: il Programma Romani

Sullo sfondo dello scenario politico voluto dall'introduzione del nuovo Codice delle Comunicazioni elettroniche, si incardinano i primi obiettivi italiani per l'abbattimento del *digital divide* e dell'analfabetizzazione digitale già affermati a livello comunitario²⁰³.

Nel giugno del 2010 è stata istituita presso il Ministero dello Sviluppo Economico una commissione guidata dall'allora Vice ministro On. Paolo Romani, diretta a definire un programma di sviluppo per la banda larga e reti di nuova generazione nel territorio italiano per attuare gli obblighi comunitari fissati dall'Agenda Digitale europea.

Il programma Romani si proponeva il raggiungimento di due obiettivi principali:

²⁰³ Peccato che le iniziative italiane si siano fermate a livelli di semplici dibattiti, tanto da far concludere che nel nostro Paese bisogna parlare più che di innovazione di immobilismo dell'innovazione. Le omissioni del nostro legislatore in materia sono notevoli e preoccupanti. I finanziamenti previsti nella finanziaria del 2008 sono stati dirottati per coprire il mancato introito dovuto dall'eliminazione dell'ICI (cfr. art.2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244: legge finanziaria 2008), abrogato dal d.l. 27 maggio 200, n.93, recante "Disposizioni urgenti per salvaguardare il potere di acquisto delle famiglie", convertito in legge n.126/2008); non sono stati stanziati fondi mirati all'abbattimento del *digital divide* e quindi allo sviluppo dell'alfabetizzazione digitale. È doveroso ricordare, però, gli incentivi che sono stati stanziati per invogliare il cittadino a sottoscrivere servizi o ad acquistare prodotti. In merito cfr. la legge 27 dicembre 2002, n. 289 recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria del 2003), che all'art.27 ha previsto il "progetto Pc ai giovani": il Ministero dell'economia e delle finanze ha istituito un fondo speciale, diretto ad incentivare l'acquisizione e l'utilizzo degli strumenti informatici e digitali tra i giovani che compiono 16 anni nel 2003, prevedendo cadauno un *bonus* di 150 euro per l'acquisto di un Pc. Inoltre, all'art. 89 (Capo IV-altri interventi), rubricato "Contributo per l'acquisto o il noleggio di ricevitori per la televisione digitale terrestre e per l'accesso a banda larga ad Internet" viene riconosciuto un contributo statale pari a 75 euro alle persone fisiche o giuridiche che acquistano, noleggiavano o detengono in comodato un apparato per la trasmissione o ricezione a larga banda dei dati via Internet. Ciò, invece, è stato fatto in Francia. (v. *France Numerique 2012. Plan de développement de l'économie numérique*, in <http://www.francenumerique2012.fr>, del 20 ottobre 2008. Il governo francese programma l'azione pubblica in materia attraverso due linee guida, ossia, incentivare l'offerta di nuovi contenuti digitali e combattere il *digital divide*. Su quest'ultimo punto il programma - v. pp. 48 e ss- ha previsto di arricchire l'offerta scolastica pubblica attraverso "*compétences qui sont devenues aujourd'hui indispensables pour réussir son insertion professionnelle et sociale*").

- 1) l'abbattimento del *digital divide* attraverso la dotazione di servizi di connettività a banda larga in favore di quella parte di popolazione che ancora oggi ne è priva. Seguendo le direzioni dell'Unione Europea, il piano prospettava di mettere a disposizione di tutti i cittadini italiani entro la fine del 2012 una velocità di connessione compresa tra 2 e 20 Megabit;
- 2) la realizzazione di Reti di nuova generazione attraverso un'azione di lungo periodo volta al raggiungimento di una connettività a 50 Mbps. Un primo passo verso il raggiungimento di tale obiettivo è stato compiuto in data 10 Novembre 2010, quando i sette amministratori delle principali società del mercato Tlc²⁰⁴ hanno siglato con il Ministro On. Paolo Romani un *Memorandum of Understanding*²⁰⁵ per la realizzazione di una società a capitale pubblico-privato indirizzata alla realizzazione di una nuova infrastruttura NGN. L'obiettivo del *Memorandum of Understanding* è quello "di realizzare un'infrastruttura passiva, neutrale, aperta, economica ed a prova di futuro per lo sviluppo efficiente delle Reti di Nuova Generazione, con l'obiettivo di favorire la copertura in fibra ottica del 50% della popolazione italiana, secondo i contenuti dell'Agenda Digitale europea e della raccomandazione sull'accesso regolamentato alle reti NGA della Commissione europea". Ciò verrà realizzato anche attraverso il coinvolgimento di Enti locali, Regioni e istituzioni finanziarie pubbliche e private, con cui verrà condivisa la pianificazione e l'erogazione degli

²⁰⁴ Gli operatori Tlc che hanno firmato l'accordo sono: BT, Fastweb, H3g, Telecom Italia, Tiscali, Vodafone, Wind.

²⁰⁵ Il *memorandum of Understanding* "Italia Digitale": sviluppo dell'infrastruttura per le Reti a Banda Ultra larga, consultabile sul sito: http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/banda_ultralarga/MOU_20201110.pdf.

investimenti essenziali per la realizzazione delle infrastrutture passive, come le opere civili di posa, cavi, fibre ottiche²⁰⁶.

Questo piano, bloccato più e più volte dal governo, in generale sembra una delle iniziative più incisive previste nel nostro Paese. In realtà, però, solleva dei dubbi circa il fatto che si tratti di un'iniziativa definita solo in parte, in quanto il *Memorandum of Understanding* riferisce la volontà della creazione di una futura società, nata dal raggiungimento di un'intesa fra tutti gli operatori coinvolti, ma non fa menzione del modello di gestione privata delle nuove reti all'apertura alla concorrenza, né definisce le direttrici per la costituzione.

Inoltre, lo stanziamento di 800 mila euro da parte dello Stato italiano per la diffusione della banda larga è una cifra irrisoria²⁰⁷, quasi come se con essa si volessero placare gli animi di quanti combattono per lo sviluppo di una vera e propria "società digitalizzata" italiana.

²⁰⁶ Se vengono costituite società a livello regionale, il Governo si impegna ad assicurare il coordinamento del progetto che si svilupperà nei diversi territori, anche attraverso partecipazioni dirette da parte del veicolo e la sottoscrizione da parte delle regioni del presente *Memorandum of Understanding*, Capo 2, rubricato "Principi", lettera g), in http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/banda_ultralarga/MOU_20201110.pdf.

²⁰⁷ V. in proposito il rapporto di Caio, *Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga. Considerazioni sulle opzioni di politica industriale. Presentazione sulle conclusioni del progetto al Ministero dello Sviluppo Economico-Comunicazioni*, 12 marzo 2009, in <http://www.astrid-online.it/Regolazione1/Studi--ric/italia-caio-broadband-report2009.pdf>. A p. 45 si legge che: "Il piano può essere completato entro il 2011 se avviato entro il giugno 2009 con un investimento stimato di oltre 1,2-1,3 Miliardi". Come si può evincere, quindi, una cifra molto distante dagli 800 mila euro previsti dal piano Romani.

3.3.2 L'Agenda digitale italiana: progetti delle istituzioni

Entro dicembre 2012 sarà varato “*Digitalia*”, un pacchetto di norme pronto a delineare le caratteristiche dell’agenda digitale italiana.

Attualmente la cabina di regia è stata affidata a sei gruppi di lavoro suddivisi in base ai principali obiettivi dell’Agenda:

- 1) *Infrastruttura e sicurezza*: questo gruppo di lavoro entro il dovrà predisporre le condizioni per far fruire della banda larga tutti i cittadini italiani ed entro il 2020 della banda larga veloce con una copertura pari o superiore a 30Mbps per la totalità dei cittadini. Per raggiungere questi obiettivi sono stati stanziati, per le Regioni del Centro-Nord 400milioni di euro, mentre per le Regioni del Sud, dato l’ingente impegno per la mancanza quasi totale di infrastrutture, non è stata individuata una somma, ma indicata solo l’espressione generica di “recuperare tutte le risorse per azzerare il divario digitale”. Per quanto riguarda il pacchetto sicurezza, invece, è prevista l’implementazione di soluzioni tecniche per attivare sistemi di allerta e assicurare la notifica di attacchi informatici ai cittadini. Inoltre, scopo ultimo è quello di garantire la sicurezza nella gestione dell’identità digitale del singolo cittadino, promuovendo la posta elettronica certificata e la sicurezza del sistema pubblico di connettività (SPC).
- 2) *E-commerce*: questo gruppo dovrà occuparsi di promuovere il commercio elettronico in maniera tale che nel 2015, il 50% della popolazione faccia acquisti *on-line*. Inoltre, è previsto che le Pubbliche Amministrazioni

dovrebbero riuscire ad avere entro lo stesso termine un pacchetto di acquisti/vendite pari al 33%.

- 3) *Alfabetizzazione*: in questo gruppo gli obiettivi sono individuati nella possibilità di estendere il modello della scuola digitale (banda larga per la didattica nelle scuole; *cloud* per la didattica e la formazione degli insegnanti in ambienti di *blended e-learning*). Inoltre, punto nevralgico sarà quello di affrontare il problema dell'inclusione sociale per i diversamente abili, stranieri, ospedalizzati, anziani anche attraverso soluzioni di telelavoro.
- 4) *E-governance*: nel progetto dell'Agenda digitale europea i servizi di *e-government* costituiscono un “modo economico per migliorare il servizio ai cittadini e alle imprese, favorendo la partecipazione e promuovendo un'amministrazione aperta e trasparente”. Nel novembre 2009 i Ministri europei responsabili hanno approvato all'unanimità una dichiarazione contenente le linee guida per l'implementazione di servizi *e-government* (*User Empowerment*, sostegno del mercato unico digitale, efficacia ed efficienza dei servizi erogati che porta alla riduzione degli oneri amministrativi, sviluppo delle condizioni abilitanti di carattere infrastrutturale tecnologico e legale). In vista di ciò, al gruppo che si occupa di tale tematica viene richiesta la definizione di un quadro strategico che consideri necessariamente l'evoluzione tecnologica in atto, come il *cloud computing*, il *web 2.0*. La strategia di sviluppo si concentrerà su tre assi prioritari di intervento: regolazioni attraverso l'implementazione all'interno del Cad di altre regole tecniche sull'e-

governance e utilizzo da parte di tutte le Pubbliche Amministrazioni di PEC, Open data, linee guida.

- 5) Ricerca e innovazione: tale gruppo avrà come obiettivo quello di promuovere la digitalizzazione come motore di innovazione di settori manifatturieri tradizionali e migliorare la competitività del sistema nazionale ICT. Inoltre, sarà importante definire meccanismi organizzativi e finanziari che facilitino la partecipazione del sistema produttivo italiano ai programmi di Ricerca e innovazione in ambito ICT, attraverso l'aggregazione tra imprese e organismi di ricerca in una logica "*plug in*" rispetto agli interventi nazionali.
- 6) *Smart Cities*: l'obiettivo è quello di realizzare un vero e proprio Piano Nazionale *Smart Communities*, garantendo la realizzazione delle infrastrutture intangibili abilitanti per la realizzazione di progetti finalizzati al miglioramento delle vite dei cittadini nei contesti urbani e nelle comunità diffuse.

Questi gruppi di lavoro dovranno, nel corso di questi mesi, redarre il documento descrittivo "la strategia italiana per un'Agenda digitale", avendo come compito quello di recepire gli obiettivi dell'Agenda digitale europea, di scriverne di specifici per l'Italia e di prevedere l'impatto socioeconomico della strategia. L'obiettivo prioritario da raggiungere entro il 2015 deve essere quello di recuperare il *gap* con l'Europa sull'uso dei servizi Internet. Questo si configura come uno dei compiti principali della strategia italiana, perché come ha ricordato Neel Kroes, " il 41% degli adulti italiani non ha mai usato Internet. Il doppio o il triplo di Francia, Germania, Regno Unito [...].Inoltre siamo 10

punti percentuali dietro i francesi e i tedeschi per quanto riguarda l'*e-commerce* e ciò ci costa un punto/un punto e mezzo di PIL". Bisogna, secondo il Commissario dell'Unione Europa, abbattere le barriere infrastrutturali, promuovendo un mercato unico comunitario e continuare ad investire in innovazione²⁰⁸.

3.4 Il ruolo del decisore pubblico come fondamento costituzionale per lo sviluppo della banda larga

Visti i piccoli passi delle iniziative europee ed italiane in materia di banda larga, si potrebbe cercare di ancorare il diritto di accesso ad Internet tramite banda larga ai dettati costituzionali. La banda larga assolve al medesimo compito che la Costituzione all'indomani del fascismo aveva affidato ai diritti sociali: "realizzare davvero qualcosa da poter chiamare democrazia, e che poteva ottenersi soltanto se si assicurava l'esistenza di certe condizioni sociali, più favorevoli di quelle naturalmente prodotte dal mercato"²⁰⁹. Così, la necessità e il conseguente diritto per gli utenti-fruitori dell'accesso ad *Internet*, tramite prestazioni essenziali connesse a servizi di banda larga, trova dei precisi riferimenti costituzionali.

²⁰⁸ <http://daily.wired.it/news/Internet>.

²⁰⁹ Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Dem. Dir.*, 1995, p.558.

In *primis* bisogna puntare l'attenzione sull'assunto normativo insito nel 2° comma dell'art.3. Da tal precetto si evince che il ruolo preponderante che grava sullo Stato, per lo sviluppo di infrastrutture atte all'effettiva partecipazione alla vita della Repubblica, riguarderebbe non solo la creazione effettiva e materiale della Rete per la banda larga su tutto il territorio nazionale, ma l'assunzione dei costi per l'accesso che verrebbero a gravare sul bilancio dello Stato.

Con la legge n° 133 del 2008, il legislatore ha fatto un primo passo in avanti, semplificando le condizioni di intervento degli operatori privati per la realizzazione ed installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica. La vigente normativa in materia di infrastrutture per la comunicazione elettronica, all'art.87²¹⁰ “Codice delle comunicazioni

²¹⁰ Art. 87, “Procedimenti autorizzatori relativi alle infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici” stabilisce: 1. L'installazione di infrastrutture per impianti radioelettrici la modifica delle caratteristiche di emissione di questi ultimi e, in specie, l'installazione di torri, di tralicci, di impianti radio-trasmittenti, di ripetitori di servizi di comunicazione elettronica, di stazioni radio base per reti di comunicazioni elettroniche mobili GSM/UMTS, per reti di diffusione, distribuzione e contribuzione dedicate alla televisione digitale terrestre, per reti a radiofrequenza dedicate alle emergenze sanitarie ed alla protezione civile, nonché per reti radio a larga banda punto-multipunto nelle bande di frequenza all'uopo assegnate, viene autorizzata dagli Enti locali, previo accertamento, da parte dell'Organismo competente ad effettuare i controlli, di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, della compatibilità del progetto con i limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità, stabiliti uniformemente a livello nazionale in relazione al disposto della citata legge 22 febbraio 2001, n. 36, e relativi provvedimenti di attuazione. 2. L'istanza di autorizzazione alla installazione di infrastrutture di cui al comma 1 è presentata all'Ente locale dai soggetti a tale fine abilitati. Al momento della presentazione della domanda, l'ufficio abilitato a riceverla indica al richiedente il nome del responsabile del procedimento. 3. L'istanza, conforme al modello di cui al modello A dell'allegato n. 13, realizzato al fine della sua acquisizione su supporti informatici e destinato alla formazione del catasto nazionale delle sorgenti elettromagnetiche di origine industriale, deve essere corredata della documentazione atta a comprovare il rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità, relativi alle emissioni elettromagnetiche, di cui alla legge 22 febbraio 2001, n. 36, e relativi provvedimenti di attuazione, attraverso l'utilizzo di modelli predittivi conformi alle prescrizioni della CEI, non appena emanate. In caso di pluralità di domande, viene data precedenza a quelle presentate congiuntamente da più operatori. Nel caso di installazione di impianti, con tecnologia UMTS od altre, con potenza in singola antenna uguale od inferiore ai 20 Watt, fermo restando il rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità sopra indicati, è sufficiente la denuncia di inizio attività, conforme ai modelli predisposti dagli Enti locali e, ove non predisposti, al modello B di cui all'allegato n. 13.(...omissis...). 6. Nel caso una Amministrazione interessata abbia espresso motivato dissenso, il responsabile del procedimento convoca, entro trenta giorni dalla data di ricezione

elettroniche” prevede che per l’installazione di infrastrutture per impianti radioelettrici e la modifica delle caratteristiche di emissione di questi ultimi deve essere presentata domanda all’Ente locale competente previo accertamento. L’istanza si intende accolta qualora, entro 90 giorni dalla presentazione, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego. Invece, l’art.2²¹¹ della citata legge n°133/2008, opera una semplificazione in quanto gli

della domanda, una conferenza di servizi, alla quale prendono parte i rappresentanti delle Amministrazioni degli Enti locali interessati, nonché dei soggetti preposti ai controlli di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, ed un rappresentante dell'Amministrazione dissenziente (...omissis...). Le opere debbono essere realizzate, a pena di decadenza, nel termine perentorio di dodici mesi dalla ricezione del provvedimento autorizzatorio espresso, ovvero dalla formazione del silenzio-assenso.

²¹¹ Art. 2 stabilisce che “gli interventi di installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica sono realizzabili mediante denuncia di inizio attività. L'operatore della comunicazione ha facoltà di utilizzare per la posa della fibra nei cavidotti, senza oneri, le infrastrutture civili già esistenti di proprietà a qualsiasi titolo pubblica o comunque in titolarità di concessionari pubblici. Qualora dall'esecuzione dell'opera possa derivare un pregiudizio alle infrastrutture civili esistenti le parti, senza che ciò possa cagionare ritardo alcuno all'esecuzione dei lavori, concordano un equo indennizzo, che, in caso di dissenso, è determinato dal giudice. Nei casi di cui al comma 2 resta salvo il potere regolamentare riconosciuto, in materia di ubicazione e condivisione di infrastrutture, all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni dall'articolo 89, comma 1, del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259. All'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni compete altresì l'emanazione del regolamento in materia di installazione delle reti dorsali. L'operatore della comunicazione, almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori, presenta allo sportello unico dell'Amministrazione territoriale competente la denuncia, accompagnata da una dettagliata relazione e dagli elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare alla normativa vigente. Con il medesimo atto, trasmesso anche al gestore interessato, indica le infrastrutture civili esistenti di cui intenda avvalersi ai sensi del comma 2 per la posa della fibra. Le infrastrutture destinate all'installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'articolo 16, comma 7, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380. La denuncia di inizio attività è sottoposta al termine massimo di efficacia di tre anni. L'interessato è comunque tenuto a comunicare allo sportello unico la data di ultimazione dei lavori. Qualora l'immobile interessato dall'intervento sia sottoposto ad un vincolo la cui tutela compete, anche in via di delega, alla stessa amministrazione comunale, il termine di trenta giorni antecedente l'inizio dei lavori decorre dal rilascio del relativo atto di assenso. Ove tale atto non sia favorevole, la denuncia è priva di effetti. Qualora l'immobile oggetto dell'intervento sia sottoposto ad un vincolo la cui tutela non compete all'amministrazione comunale, ove il parere favorevole del soggetto preposto alla tutela non sia stato allegato alla denuncia il competente ufficio comunale convoca una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14, 14-bis 14-ter 14-quater della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il termine di trenta giorni di cui al comma 4 decorre dall'esito della conferenza. In caso di esito non favorevole, la denuncia è priva di effetti. La sussistenza del titolo è provata con la copia della denuncia di inizio attività da cui risulti la data di ricevimento della denuncia, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto nonché gli atti di assenso eventualmente necessari. Il dirigente o il responsabile del

impianti in fibra ottica possono essere realizzati mediante denuncia di inizio attività. Il successivo silenzio-assenso era presupposto di accoglimento della domanda. Inoltre, con tale enunciato normativo si è prevista la possibilità di posare la fibra ottica nelle infrastrutture civili già esistenti di proprietà pubblica o con la titolarità di concessionari pubblici, senza oneri per l'operatore.

Sull'argomento, un altro passo normativo è quello attuato dalla legge del 26 maggio del 2009, n°69, che reca le *“Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, per il periodo 2007-2013, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”*. Con tale normativa viene introdotto, richiamandolo *per relationem*, il principio di neutralità tecnologica contenuto nel Codice delle Comunicazioni elettroniche, all'art.4, comma 3, lett.

h): *“...inteso come non discriminazione tra particolari tecnologie, non imposizione dell'uso di una particolare tecnologia rispetto alle altre e*

competente ufficio comunale, ove entro il termine indicato al comma 4 sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni legittimanti, ovvero qualora esistano specifici motivi ostativi di sicurezza, incolumità pubblica o salute, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento, contestualmente indicando le modifiche che si rendono necessarie per conseguire l'assenso dell'Amministrazione. È comunque salva la facoltà di ripresentare la denuncia di inizio attività, con le modifiche e le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa vigente. L'operatore della comunicazione decorso il termine di cui al comma 4 e nel rispetto dei commi che precedono dà comunicazione dell'inizio dell'attività al Comune. Ultimato l'intervento, il progettista o un tecnico abilitato rilascia un certificato di collaudo finale che va presentato allo sportello unico, con il quale si attesta la conformità dell'opera al progetto presentato con la denuncia di inizio attività. Per gli aspetti non regolati dal presente articolo si applica l'articolo 23 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, nonchè il regime sanzionatorio previsto dal medesimo decreto. Possono applicarsi, ove ritenute più favorevoli dal richiedente, le disposizioni di cui all'articolo 45. Salve le disposizioni di cui agli articoli 90 e 91 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, i soggetti pubblici non possono opporsi alla installazione nella loro proprietà di reti e impianti interrati di comunicazione elettronica in fibra ottica, ad eccezione del caso che si tratti di beni facenti parte del patrimonio indisponibile dello Stato, delle province e dei comuni e che tale attività possa arrecare concreta turbativa al pubblico servizio. L'occupazione e l'utilizzo del suolo pubblico per i fini di cui alla presente norma non necessitano di autonomo titolo abilitativo. Gli articoli 90 e 91 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 si applicano anche alle opere occorrenti per la realizzazione degli impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica su immobili di proprietà privata, senza la necessità di alcuna preventiva richiesta di utenza”.

possibilità di adottare provvedimenti ragionevoli al fine di promuovere taluni servizi indipendenti dalla tecnologia utilizzata...". L'art.1²¹² di codesta legge attribuisce al Governo il compito di stabilire un programma di interventi strutturali, con duplice finalità:

- *finalizzarli alle aree geografiche sottoutilizzate, al fine di ristabilire un equilibrio socio-economico tra le aree del territorio nazionale;*
- *attivare l'adeguamento delle reti di comunicazione elettronica alle nuove tecnologie.*

Il raggiungimento di tali fini è garantito:

²¹² Art. 1. rubricato, "Banda larga", stabilisce: *"Il Governo, nel rispetto delle attribuzioni costituzionali delle regioni e nel rispetto dell'articolo 4, comma 3, lettera h), del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, individua un programma di interventi infrastrutturali nelle aree sottoutilizzate necessari per facilitare l'adeguamento delle reti di comunicazione elettronica pubbliche e private all'evoluzione tecnologica e alla fornitura dei servizi avanzati di informazione e di comunicazione del Paese. Nell'individuare le infrastrutture di cui al presente comma, il Governo procede secondo finalità di riequilibrio socio-economico tra le aree del territorio nazionale. Il Governo individua e sottopone al Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) per l'approvazione nel programma le risorse necessarie, che integrano i finanziamenti pubblici, comunitari e privati allo scopo disponibili. Al relativo finanziamento si provvede con una dotazione di 800 milioni di euro per il periodo 2007-2013 a valere sulle risorse del fondo per le aree sottoutilizzate, di cui all'articolo 61 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e successive modificazioni. In ogni caso è fatta salva la ripartizione dell'85 per cento delle risorse alle regioni del Mezzogiorno.2. La progettazione e la realizzazione delle infrastrutture di cui al comma 1 nelle aree sottoutilizzate possono avvenire mediante modalità di finanza di progetto ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Nell'ambito dei criteri di valutazione delle proposte o delle offerte deve essere indicata come prioritaria la condizione che i progetti, nelle soluzioni tecniche e di assetto imprenditoriale, contribuiscano allo sviluppo di un sistema di reti aperto alla concorrenza, nel rispetto dei principi e delle norme comunitarie. 3. A valere sul fondo di cui al comma 1 sono finanziati gli interventi che, nelle aree sottoutilizzate, incentivino la razionalizzazione dell'uso dello spettro radio al fine di favorire l'accesso radio a larghissima banda e la completa digitalizzazione delle reti di diffusione, a tal fine prevedendo il sostegno ad interventi di ristrutturazione dei sistemi di trasmissione e collegamento anche utilizzati dalle amministrazioni civili e militari dello Stato, favorendo altresì la liberazione delle bande di frequenza utili ai sistemi avanzati di comunicazione.4. È attribuito al Ministero dello sviluppo economico il coordinamento dei progetti di cui al comma 2 anche attraverso la previsione della stipulazione di accordi di programma con le regioni interessate. Il Ministero dello sviluppo economico, nell'esercizio della sua funzione di coordinamento, si avvale del parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che è rilasciato avuto riguardo al rispetto degli obiettivi di cui al medesimo comma 2 e degli articoli 4 e 13 del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259".*

- 1) attraverso strumenti di natura economica, per mezzo di un'assegnazione di 800 milioni per il periodo 2007-2013, a valere sulle risorse del fondo per le aree sottoutilizzate, istituito dall'art.61 della legge finanziaria per il 2003²¹³. Tale fondo, tra le altre finalità è destinato al finanziamento degli interventi attuativi del Programma per lo sviluppo della Banda larga nel Mezzogiorno da parte del Ministero per lo sviluppo economico per il tramite della Società infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia S.p.A. (Infratel Italia)²¹⁴.
- 2) In secondo luogo, attraverso strumenti di natura amministrativa. Infatti, si prevede la creazione di infrastrutture nelle aree sottosviluppate attraverso la c.d. finanza di progetto, ai sensi del Codice dei contratti pubblici. La legge precisa, in conformità con le regole del mercato e della legge comunitaria, che i progetti tengano conto e contribuiscano alla nascita di

²¹³ In merito, guardare l'art. 119, comma 5 della costituzione che prevede: *“Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati comuni, Province, Città metropolitane e Regioni”*. In proposito cfr. Avvisati, *“ Banda Larga: politiche regolatorie e digital divide”*, in *Dalla tecnologia ai diritti*, op.cit., p. 113, nota 16. L'autrice scrive che lo sviluppo economico per rimuovere gli squilibri economici e sociali viene perseguito, dopo la fine del 1992, “per l'intervento del Mezzogiorno, attraverso due linee di intervento:

- la politica di coesione comunitaria;
- la politica regionale nazionale

Quest'ultima, inizialmente attuata con la legge n° 208/98 e con l'intervento nelle cosiddette aree depresse, è stata organizzata con la Legge finanziaria per il 2003 unificando tutte le risorse aggiuntive nazionali in due Fondi intercomunicanti per le aree sottosviluppate (per l'85% nel Mezzogiorno) attivi presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze e presso il Ministero delle attività produttive. I due Fondi possono considerarsi alla stregua di un unico “Fondo per le Aree sottosviluppate” di seguito denominato Fondo o FAS. Il Fondo aree sottosviluppate (FAS) è lo strumento di finanziamento, con risorse aggiuntive nazionali, delle politiche di sviluppo per le aree sottoutilizzate del Paese. In tali aree queste risorse si aggiungono a quelle ordinarie e a quelle comunitarie e nazionali di cofinanziamento”.

²¹⁴ Infatti, l'art. 6, comma 1 del d.lgs. n°259 del 1 agosto 2003, Codice delle Comunicazioni Elettroniche, prevede che lo “Stato, le Regioni e gli Enti locali, o loro associazioni, non possano fornire reti o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, se non attraverso società controllate o collegate”.

un “sistema di Reti aperto alla concorrenza”. La scelta del nostro legislatore, in merito, si è indirizzata verso l’inclusione del privato nella realizzazione, la gestione delle infrastrutture e l’erogazione di servizi di interesse economico generale. Ci troviamo, così, di fronte a una forma di cooperazione tra pubblico e privato: “l’amministrazione partecipa finanziariamente attraverso la corresponsione di un contributo pubblico alla realizzazione e gestione di una infrastruttura, dietro corretta valutazione della congruità del contributo rispetto alla redditività che l’infrastruttura stessa produce grazie al suo sfruttamento gestionale. In altri termini, è compito dell’amministrazione saper valutare correttamente il livello ottimale di contributo pubblico da destinare alla costruzione e gestione di infrastrutture da realizzarsi²¹⁵”. La Commissione Europea ha fatto una classificazione delle forme di partenariato pubblico-privato²¹⁶, distinguendole in due grandi aree:

2.a il PPP contrattuale²¹⁷: in questo caso la cooperazione tra il settore privato e pubblico si basa su veri e propri rapporti contrattuali,

²¹⁵Avvisati, *Banda Larga: politiche regolatorie e digital divide*, op. cit.,p. 114. Al riguardo cfr, Ferrante-Marasco *Così la Pa può valutare se il contributo pubblico è adeguato all’investimento*, in *Il sole 24 Ore*, Edilizia e territorio, 2006, p.16.

²¹⁶ Commissione Europea, *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM 327/2004.

²¹⁷ Una sottocategoria del PPP contrattuale è il *Project Financing*, ossia la finanza di progetto. Si tratta di una tecnica finanziaria che può essere applicata per la realizzazione di infrastrutture di pubblica utilità. In questo contesto, il finanziamento del progetto è assicurato dal soggetto privato, a cui si affiancano finanziamenti pubblici. L’art.153 del Codice dei contratti pubblici ingloba le osservazioni della Commissione europea, riguardante la necessità di semplificazione della procedura, guardando alle segnalizzazioni degli operatori del settore. Per quanto riguarda le concessioni affidate mediante lo strumento della finanza di progetto, occorre fare riferimento al Capo III – “Promotore finanziario, società di progetto e disciplina della locazione finanziaria per i lavori”- del medesimo Titolo III del Codice dei contratti pubblici. In particolare, all’art. 152 del medesimo Codice è stabilito che a tali procedure di affidamento si applicano i principi e disposizioni comuni, la programmazione, la direzione ed esecuzione dei lavori, il contenzioso,

dove entrambi i settori rimangono due parti separate e ben distinte alla stregua di comuni parti contrattuali. Il contratto che si viene così a costituire è un contratto di concessione di costruzione e gestione e non un contratto d'appalto²¹⁸. Il Codice dei contratti pubblici²¹⁹ definisce le concessioni come contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto la progettazione e l'esecuzione dei lavori, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che “presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo²²⁰”. Caratteristica peculiare

le disposizioni di coordinamento, finali e transitorie. Si applicano, inoltre, in quanto compatibili con le previsioni della disciplina della finanza di progetto, le norme di cui al Titolo I ovvero al Titolo II della Parte II (in relazione alla soglia di investimento). Al riguardo cfr. Nevitt, *Project Financing*, Milano, 1998, p.13, per Project Financing si intende il finanziamento di una specifica unità economica (la società di progetto) mediante un'operazione in cui il finanziamento considera il flusso di cassa e gli utili derivanti dalla gestione del progetto come garanzia per il rimborso del debito. Quindi, mentre nel comune finanziamento d'impresa da parte dell'istituto di credito viene valutata l'insieme delle attività e passività dell'impresa che richiede il finanziamento, nella Project Financing il finanziamento viene erogato in relazione a un singolo e specifico progetto di investimento, e in base alla capacità di provvedere attraverso i flussi di cassa generati dalla gestione, a rimborsare i prestiti contratti e a garantire la remunerazione del promotore. Sul tema v. anche Pasquini, *Il Project Financing e la discrezionalità*, in *Giorn. di dir. amm.*, 2006, pp.112 e ss.

²¹⁸ La Commissione Europea, nella Comunicazione interpretativa del 12 aprile 2000, delinea i criteri distintivi tra concessione e appalto. La caratteristica principale che contraddistingue la concessione di lavori pubblici riguarda il conferimento di un diritto di gestione dell'opera che permette al concessionario di percepire proventi dall'utente a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera-infrastruttura, come ad esempio, un canone, per un determinato periodo di tempo. Questo diritto di gestione implica anche il trasferimento della relativa responsabilità che investe gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera. Si è, invece, in presenza di un appalto pubblico di lavori quando il costo grava sostanzialmente sull'autorità che ha indetto la gara d'appalto ed il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti.

²¹⁹ Decreto legislativo n.163/2006 recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

²²⁰ Art.3, comma 11, Codice dei contratti pubblici sancisce che: “*le concessioni di lavori pubblici sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione,*

dell'istituto concessorio è l'assunzione da parte del concessionario del rischio connesso alla gestione dei servizi cui è strumentale l'intervento realizzato, in relazione alla tendenziale capacità dell'opera di autofinanziarsi, ossia di generare un flusso di cassa derivante dalla gestione che consenta di remunerare l'investimento effettuato. Elemento imprescindibile della concessione di lavori pubblici è, quindi, l'attitudine dell'opera oggetto della stessa a realizzare un flusso di cassa che può consentire di ripagare totalmente o parzialmente l'investimento. Proprio in relazione a ciò, si usa classificare le opere in due tipologie:

- “calde”, per tali intendendosi quelle opere dotate di un'intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale adoperato durante la concessione. Un esempio sono i cavidotti e la fibra ottica.
- “fredde”: sono quelle opere per le quali il privato che le costruisce e le amministra fornisce direttamente servizi al

ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice. Codesta definizione è in linea con la previgente legge n. 109/1994, ove all'art. 19, comma 2, era stabilito che “la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati”, aprendo alla possibilità di riconoscere un prezzo, fissato in sede di gara, solo qualora necessario al fine di garantire l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento in relazione alla qualità ed ai costi del servizio”.

soggetto pubblico e trae il proprio guadagno da pagamenti effettuati dal medesimo soggetto²²¹.

Si osserva, dunque, che anche con riferimento al settore della banda larga, appare fondamentale la convenzione tra concedente e concessionario. Sul piano meramente pratico e alla luce delle osservazioni sopra svolte, si ritiene per una corretta esecuzione del contratto di concessione che la convenzione disciplini in modo esaustivo i rapporti tra concedente e concessionario sia nella fase di gestione individuando in modo dettagliato diritti e obblighi delle parti²²².

²²¹ A tali opere fa riferimento l'art.143 del Codice dei Contratti pubblici, che ha inglobato gli artt. 19, comma 2, 2 *bis*, 2 *ter* e 2 *quater* della l. 109/1994 e l'art.87, comma 2, D.P.R. 554/1999, che sancisce "1. Le concessioni di lavori pubblici hanno, di regola, ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica(...*omissis*...).3. La controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati. Tuttavia, il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico – finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare. Nella determinazione del prezzo si tiene conto della eventuale prestazione di beni e servizi da parte del concessionario allo stesso soggetto aggiudicatore, relativamente all'opera concessa, secondo le previsioni del bando di gara.5. A titolo di prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici possono cedere in proprietà o in diritto di godimento beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicate nel programma di cui all'art. 128. Si applica l'art. 53, commi 6, 7, 8, 11, 12. 6. La concessione ha di regola durata non superiore a trenta anni. (...*omissis*...).7. L'offerta e il contratto devono contenere il piano economico – finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, *anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo*. [Comma così modificato dal D.Lgs. 113/2007].9. Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico – finanziaria della gestione dell'opera.

²²² Così come per il settore delle autostrade, anche per le infrastrutture per la banda larga le considerazioni finora addotte con riguardo alla normativa generale devono essere integrate alla

2.b il PPP istituzionale : in questo caso si rinviene la separazione dei due settori, ma la collaborazione si sostanzia nella costituzione di una nuova entità partecipata dalle parti pubblica e da quella privata. Si tratta, quindi, di una società a capitale misto, e quindi, di entità pubblico-privata. Questo metodo, che consente al partner pubblico²²³ di poter operare un certo grado di controllo, proporzionato alla partecipazione investita, potrebbe diminuire gli investimenti degli OLO²²⁴, potrebbe dimezzare i costi dell'Unbundling²²⁵, e soprattutto, per maggiore concorrenza, potrebbe realizzare un'infrastruttura parallela a quella in rame oggi detenuta da Telecom Italia²²⁶. L'applicazione di questo

luce della disciplina speciale di settore, modificata di recente ai sensi dell'art. 2, commi 82 e ss del d.l. n. 262/2006 convertito dalla l. n. 286/2006 e delle Direttive contenute nella delibera CIPE 15 giugno 2007, n. 39. L'obiettivo di tali disposizioni è quella di garantire una maggiore trasparenza nei rapporti tra concedenti e concessionario ed una migliore qualità delle infrastrutture e dei servizi, in termini di economicità ed efficienza dei procedimenti nel corso del rapporto concessorio.

²²³ Naturalmente, la partecipazione del soggetto pubblico dovrebbe essere superiore a quella dei singoli operatori privati, in modo tale che sarebbe garantita la neutralità del gestore rispetto ai traffici che si realizzeranno nel mercato.

²²⁴ OLO è un acronimo che abbrevia *Other Licensed Operators*. Con Other Licensed Operators (OLO) ci si riferisce a tutti gli operatori di reti di telecomunicazione, concorrenti al fornitore nell'erogazione di servizi voce/dati. Ovvero tutti i provider telefonici e di connettività ADSL e simili, alternativi a Telecom Italia.

²²⁵ Con *Unbundling Local Loop* (Accesso disaggregato alla rete locale), o spesso con il suo acronimo ULL, si indica la possibilità che hanno i nuovi operatori telefonici, da quando è stato liberalizzato il mercato delle telecomunicazioni, di usufruire delle infrastrutture esistenti, proprietà di altro operatore, per offrire ai clienti servizi propri, pagando un canone all'operatore legalmente proprietario delle infrastrutture. Sebbene in Italia i cavi telefonici siano per la maggior parte di proprietà di un singolo operatore telefonico (Telecom Italia Rete), essi possono essere utilizzati per fornire servizi anche da altri operatori, dietro pagamento, da parte dell'operatore, di una quota di nolo per i cavi stessi. Quando si effettua l'ULL, i cavi presi in "affitto" vengono disconnessi dalle centrali telefoniche dell'operatore proprietario e connessi a quelle del nuovo operatore, che diventa in tutto e per tutto responsabile per i servizi di telefonia resi al cliente. L'ULL è anche noto come "liberalizzazione dell'ultimo chilometro" (o "liberalizzazione dell'ultimo miglio"), intendendo simbolicamente come ultimo chilometro di cavo telefonico quello che dalla centrale telefonica arriva direttamente in casa del cliente cioè la parte di rete nota come rete di accesso.

²²⁶ In realtà, Telecom Italia ha prospettato la possibilità di realizzare un nuovo progetto per la cablatura dell'Italia, attraverso una nuova tecnologia definita Gpon (*Gigabit passive optical*).

sistema potrebbe essere ben adoperata per le reti di nuova generazione, ossia la banda ultra larga. Il “Progetto 2010: fibra per l’Italia”, infatti, vuole essere un piano per poter costruire una società unica, che abbia come prerogativa la costruzione di un’infrastruttura a banda larga di nuova generazione. Per realizzare una vera e propria Società della Rete italiana, gli operatori del settore dovrebbero creare una società a partecipazione pubblico-privata. La cooperazione tra i diversi soggetti partirebbe dall’individuazione di un partner, ossia il “...soggetto che si occupi di scavare buche, articolare un sistema di cavidotto, posare fibra ottica (rigorosamente spenta) e centrali, nel senso di luoghi fisici preparati ad ospitare le apparecchiature elettroniche che ogni singolo operatore acquisterà per sé e per accendere la fibra²²⁷”. L’infrastruttura dovrebbe essere costruita con una tecnologia *fiber to the home*, ossia una metodologia che consentirebbe a tutti gli operatori presenti nel

Tale tecnologia aggrega le fibre alla centralina e quindi, la connessione non arriva direttamente alle case (questa architettura è la più diffusa nel mondo, circa l’80% dei progetti è basata su tale tecnologia). Questo piano sarebbe avviato dalla società in maniera solitaria, senza la partecipazione degli altri operatori del settore, per le aree in cui l’investimento sarebbe facile da realizzare in termini di creazione di infrastrutture. Invece, per quelle zone geografiche in cui la redditività appare scarsa, metterebbe in atto progetti pubblico-privati per condividere gli investimenti. Questa nuova tecnologia avrebbe il merito di essere economicamente conveniente per gli investimenti iniziali e di manutenzione, facendo, così, arricchire l’operatore che l’ha messa in atto; però, ha come svantaggio di uccidere il mercato concorrenziale, perché impedisce ai concorrenti di chiedere l’accesso fisico all’ultimo miglio della sua rete. Questo progetto prevede un investimento di 100 milioni di euro nel triennio 2012-2016, al fine di portare successivamente i servizi in fibra ottica a 1,3 clienti nel 2012, per poi arrivare a 10 milioni nel 2016 e al 50% della popolazione italiana entro il 2018. Al riguardo, Calabrò, “Presentazione Relazione annuale”, 6 luglio 2010 e Longo “Una rete ibrida per la superbanda, in Nova24ora, 24 giugno 2010: “Se la tecnologia NGN dovesse essere in Gpon, infatti, nell’immediato i concorrenti privi di fibra propria potrebbero accedervi solo in modalità “*bitstream*”, con profili di servizio e velocità finali decise da Telecom. Non sarebbe possibile l’*unbundling*. Per un maggiore approfondimento, v. Betts, *Time Telecom Italia woke up and smelled the coffe*, in *Financial Times*, 15 giugno 2010.

²²⁷ Carli, *Banda larga, Bruxelles e AgCom dettano l’agenda al governo*, in *La Repubblica Affari e finanza*, 21 giugno 2010.

mercato di poter prestare il proprio servizio direttamente al cliente finale.

Diversamente da quanto tracciato dall'Unione Europea, i singoli Stati nazionali si sono tendenzialmente conformati al modello monistico²²⁸, che però ha sollevato notevoli inconvenienti. Guardando al principio di sussidiarietà di matrice europea, sono gli stati membri che, individuata l'impresa²²⁹, sono tenuti, attraverso essa, all'erogazione del servizio universale. Naturalmente per l'individuazione di questa nuova entità si considererà il criterio dell'economicità della prestazione e quindi l'operatore di mercato che garantirà la fruizione del servizio universale non deve per forza essere quello che detiene il maggior potere di mercato²³⁰. Per la quantificazione dei costi che devono

²²⁸ Il modello monistico (art. 2409-*sexiesdecies* e segg. cod. civ.), ispirato alla tradizione anglosassone, propone il solo consiglio d'amministrazione, all'interno del quale almeno un terzo dei suoi componenti deve possedere i requisiti di indipendenza previsti per i componenti del collegio sindacale del sistema tradizionale. Il consiglio così composto nomina al suo interno un comitato per il controllo sulla gestione, i cui componenti devono essere scelti tra gli amministratori indipendenti proposti dai singoli Stati membri.

²²⁹ In base al *Considerando* 14 della Direttiva 2002/22/CE, gli Stati elaborano i parametri per l'individuazione delle imprese che garantiranno la fruizione della totalità del servizio o solo di una parte. La Commissione europea, infatti, attraverso quest'ultimo stabilisce che: "L'importanza dell'accesso e dell'uso della rete telefonica pubblica in postazione fissa è tale che i servizi corrispondenti dovrebbero essere messi a disposizione di chiunque ne faccia ragionevole richiesta. Conformemente al principio di sussidiarietà spetta agli Stati membri decidere, sulla base di criteri obiettivi, a quali imprese incombe la responsabilità di fornire il servizio universale ai fini della presente direttiva, tenendo conto, se del caso, della capacità e della disponibilità di tali imprese a fornire la totalità o parte del servizio. Occorre che gli obblighi di servizio universale siano soddisfatti nel modo più efficace possibile, in modo tale che gli utenti paghino di norma prezzi corrispondenti a prestazioni efficaci rispetto ai costi. Analogamente, è importante che gli operatori del servizio universale mantengano l'integrità della rete, come pure la continuità e la qualità del servizio. L'intensificazione della concorrenza e la maggiore scelta fanno sì che vi siano maggiori possibilità che la totalità o parte degli obblighi di servizio universale siano assunti da imprese diverse da quelle aventi notevole potere di mercato. Di conseguenza, gli obblighi di servizio universale possono, in talune circostanze, essere assegnati ad operatori che dimostrano di fornire accesso e servizi nel modo più efficace rispetto ai costi, anche tramite sistemi di offerte concorrenti oppure di selezione comparativa. Tali obblighi potrebbero figurare tra le condizioni che gli organismi devono soddisfare per poter essere autorizzati a fornire servizi accessibili al pubblico".

²³⁰ I criteri per la designazione sono dettati dalla Direttiva 2002/22/CE, ossia "la designazione deve essere efficace, obiettiva, trasparente e non discriminatoria, in modo da non escludere a

essere sostenuti per la fruizione del servizio, le Autorità nazionali di regolazione devono verificare se il costo in capo alla società designata sia troppo ingente²³¹. Una volta individuato il costo netto, se le Autorità nazionali di regolazione si rendono conto che l'onere in capo alla società sia eccessivo, si rivolgono allo Stato, che può introdurre uno dei due meccanismi di finanziamento:

- 1) retribuire l'impresa attingendo da fondi pubblici;
- 2) ripartire il costo netto tra fornitori di reti e servizi. Proprio questo secondo criterio è quello utilizzato dal nostro ordinamento²³².

priori nessuna impresa". In merito cfr. Corte di Giustizia, *Causa C-220/07, Commissione versus France*, in *Gazz. Uff. c 211*, dell'8 settembre 2007, in merito al parametro di designazione definito dalla legge francese del 31 dicembre 2003 n. 1365. Il procedimento di designazione prevedeva che "la selezione del soggetto obbligato avvenisse in base alla capacità di garantire la copertura sull'intero territorio nazionale. Questa modalità portava ad escludere quelle aziende che avrebbero potuto offrire l'erogazione delle prestazioni solo in una parte del territorio ma in maniera più economica". Secondo la Corte, il procedimento introdotto dal decisore francese "non rispettava il principio di non discriminazione, ma anzi, era un ostacolo a una reale ed effettiva concorrenza e non rispondeva ai criteri di efficienza e redditività poiché le Autorità nazionali di erogazione non avrebbe potuto valutare soluzioni più economiche, fruibili in alcune zone del territorio".

²³¹ Secondo quanto disciplinato dall'art.12 della Direttiva 2002/22/CE, affinché vengano determinati i costi, le Autorità nazionali di regolazione possono:

"a) *procedere al calcolo del costo netto dell'obbligo di servizio universale, tenendo conto degli eventuali vantaggi commerciali derivanti all'impresa designata per la fornitura del servizio universale, in base alle modalità stabilite nell'allegato V, parte A;*

b) *utilizzare i costi netti della fornitura del servizio universale individuati in base a un meccanismo di determinazione conforme all'articolo 8, paragrafo 2.*

2. *I conti e/o le altre informazioni su cui si basa il calcolo del costo netto degli obblighi di servizio universale di cui al paragrafo 1, lettera a) sono sottoposti alla verifica dell'autorità 24.4.2002 IT Gazzetta ufficiale delle Comunità europee L 108/61 nazionale di regolamentazione o di un organismo indipendente dalle parti interessate e approvato dall'autorità nazionale di regolamentazione. I risultati del calcolo e le conclusioni finali della verifica sono messi a disposizione del pubblico".*

²³² Attualmente la disciplina per il finanziamento del servizio universale (prima disciplinato con il regolamento approvato con il D.P.R. 318/1997 e successivamente con Decreto del Ministero delle Comunicazioni del 10 marzo 1998) è contenuta nel Codice delle Comunicazioni elettroniche, che all'art. 63, sancisce che: "1. *Qualora, sulla base del calcolo del costo netto di cui all'articolo 62, l'Autorità riscontri che un'impresa designata è soggetta ad un onere ingiustificato, previa richiesta dell'impresa stessa, ripartisce il costo netto degli obblighi di servizio universale tra i fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica utilizzando il fondo per il finanziamento del costo netto degli obblighi del servizio universale, istituito presso il Ministero, di cui all'allegato n. 11. 2. Può essere finanziato unicamente il*

Ipotizzando l'introduzione della banda larga tra le prestazioni del servizio universale il modello istituzionale rischia di compromettere l'efficienza della fruizione dei servizi di banda larga. L'efficienza viene ricercata solo nel momento di individuare l'impresa, ma non perdura durante lo svolgimento della fruizione dei servizi ai cittadini-utenti ed inoltre, l'eventuale ripartizione tra gli operatori del settore dovrebbe essere operata in maniera differente.

Da una prima analisi, il sistema prediletto dovrebbe essere proprio il PPP contrattuale, in quanto il servizio andrebbe diviso per tipologie di prestazioni e per porzioni territoriali tra gli operatori del mercato, ma la gestione dell'intera operazione rimarrebbe allo Stato. Esso, infatti, si avvarrà dei privati delineando le linee guida entro le quali svolgere il proprio lavoro. Se così non fosse, naturalmente i privati potrebbero gestire l'accesso ad Internet a proprio vantaggio, sacrificando il bene comune. Inoltre, attuando una doppia divisione tra servizi e territorio, si immettono nel mercato forti spinte di competizione, utili per la fruizione di un qualificato ed efficiente servizio universale, che non può, comunque, non essere qualificato come un'attività d'impresa.

La concorrenza tra gli operatori tende a creare un mercato competitivo lì dove le sole forze della domanda e dell'offerta non vi siano riuscite e coloro i quali

costo netto degli obblighi di cui agli articoli da 53 a 60, calcolato conformemente all'articolo 62. Le disposizioni di cui agli articoli 1, 3, 4, 5 e 6 dell'allegato n. 11, possono essere modificate, all'occorrenza, con provvedimento dell'Autorità, sentito il Ministero. 3. Il sistema di ripartizione dei costi deve rispettare i principi di trasparenza, minima distorsione del mercato, non discriminazione e proporzionalità, in conformità all'articolo 2, commi 5, 6 e 7, dell'allegato n. 11. Ogni anno, l'Autorità, tenuto conto delle condizioni di concorrenzialità del mercato, può valutare l'opportunità di introdurre un meccanismo di esenzione dalla contribuzione al fondo per le imprese che non superano determinati livelli di fatturato e per quelle nuove entranti nel settore, tenendo conto della loro situazione finanziaria. 4. Gli eventuali contributi relativi alla ripartizione del costo degli obblighi di servizio universale sono scorporati e definiti separatamente per ciascuna impresa. Tali contributi non sono imposti alle imprese che non forniscono servizi nel territorio nazionale”.

hanno un ruolo essenziale nella definizione del servizio universale sono i cittadini, sia nella loro fase di predeterminazione sia in quella della fornitura del servizio da erogare. Nella prima, infatti, la domanda di un servizio da parte degli utenti costituisce il parametro valutativo per l'inserimento delle prestazioni nel paniere del servizio universale. Una volta individuati i servizi da garantire, irrompe la seconda fase in cui gli utenti diventano titolari di situazioni giuridiche soggettive nei confronti di chi è tenuto a fornire il servizio alle condizioni stabilite.

Questo versante, ossia l'affidamento al mercato della gestione della dinamica dell'accesso alla banda larga e non ad una costruzione effettiva di una normativa esplicita in materia, apre problematiche che si riverberano sull'unico aspetto che rende effettivo e tangibile il diritto di accesso ad Internet, ossia il rapporto intersoggettivo tra fornitore e utente. Infatti, l'attenzione normativa per gli aspetti infrastrutturali "ha finito per sbilanciare il rapporto fra diritti e tecnologie, ribaltando l'ordine logico secondo il quale le seconde sono serventi dei primi e subordinando di fatto i livelli di attuazione dei diritti alle caratteristiche dei mezzi e all'evoluzione del mercato"²³³.

Diventa, così, difficile ancorare il rapporto fornitore-utente in uno spazio giuridico, che preveda delle prescrizioni imperative di obblighi di fare da parte del fornitore, tale da assicurare all'utente un elenco minimo di prestazioni ed una sua tutela specifica in merito al servizio reso.

²³³ Valastro, *Le garanzie di effettività del diritto d'accesso ad Internet e la timidezza del legislatore italiano*, cit., p.54.

Questo elemento di doverosità nei confronti degli utenti fa nascere in capo ad essi “veri e propri diritti tutelabili innanzi a organi di tipo giurisdizionale e che trovano soddisfazione anche sotto forma di indennizzo o risarcimento²³⁴”.

²³⁴ Cfr. Capantini, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2003, p.103.

PARTE SECONDA

IL CONTRATTO DI ACCESSO AD INTERNET

CAPITOLO QUARTO

IL CONTRATTO DI ACCESSO AD INTERNET

4.1 Il contratto di accesso ad Internet: premesse sistematiche

Il quadro delle riflessioni sin qui svolte si deve completare analizzando le modalità con le quali il diritto di accesso è concretamente esercitabile e, dunque, considerando lo strumento contrattuale con il quale il prestatore di servizi permette la fruizione di contenuti che dovrebbero essere qualificati come servizio universale.

La problematica pone risvolti oltremodo significativi. Se, infatti, la tutela di rango costituzionale di un diritto fondamentale strumentale all'esercizio di un diritto sociale, quale potrebbe essere inteso l'accesso ad Internet, consente all'utente "la possibilità di autodeterminare la propria identità digitale, senza il quale si genererebbe un danno da *digital divide* che colpisce la qualità della vita²³⁵" acquisisce particolare significato il negozio giuridico per il cui tramite si pongono le condizioni operative di questa possibilità di autodeterminazione. Per di più, assume una particolare rilevanza il profilo dell'inadempimento del fornitore o prestatore di servizi, non solo perché il diritto di accesso può essere considerato un diritto sociale in un'ottica inclusiva, ma perché l'inadempimento potrebbe realizzare la lesione di un diritto fondamentale della persona.

²³⁵ Bianchi, *I diritti della persona "nativi" dell'Internet. Diritto di accesso alla Rete, danno alla persona e Internet governance*, in *Il diritto d'accesso ad Internet. Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia 2010*, cit., pp.119 e ss.

Volendo prospettare una ricostruzione della disciplina che concerne queste problematiche, è osservazione quasi scontata che gli strumenti offerti dal codice civile risultano obsoleti e inadeguati, nonostante i profili di modernità di un legislatore la cui attività si colloca in un'epoca storica ormai lontana.

Infatti, la finalità del legislatore del '42 è quella di assicurare omogeneità alle contrattazioni poste in essere dai professionisti; ciò però ha come conseguenza quella di “elidere” la fase delle trattative con il singolo contraente. In sostanza, la normativa codicistica è diretta a salvaguardare il corretto esercizio della libertà negoziale e una volta garantito tale obiettivo non guarda al *quid actum* tra le parti²³⁶. Ciò ha come esito che l'onere d'informazione a carico del fornitore di accesso ad Internet risulta quasi nullo e l'atto formale della sottoscrizione basta a rendere efficaci anche le clausole più svantaggiose per la controparte²³⁷.

Il sistema normativo delineato dal codice civile²³⁸ non appare in grado di

²³⁶ Cassano, *Condizioni generali di contratto*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, p. 5.

²³⁷ Cesaro, *I contratti dei consumatori (Commento al Codice del consumo)*, Milano, 2007.

²³⁸ Com'è noto, alle condizioni generali di contratto il codice civile dedica due disposizioni -gli art.1341 e 1342- che riguardano l'efficacia delle clausole predisposte e gli oneri formali necessari per il loro impiego. L'art.1341, comma 1, cod.civ., impone al predisponente un onere di conoscenza o di conoscibilità delle condizioni generali di contratto. Infatti, dispone che le condizioni generali di contratto sono valide se il contraente le conosceva o avrebbe potuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza al momento della conclusione del contratto. Si può quindi rilevare che non è richiesto un particolare sforzo conoscitivo del contraente, ma un'attenzione normale. Il predisponente, d'altro canto, deve redigere le condizioni generali di contratto in maniera chiara e precisa, adottando un linguaggio che possa essere compreso da tutti gli utenti. Inoltre, il comma 2 dell'articolo in esame rivela una tutela dell'aderente poco incisiva. Infatti, predisponendo che “in ogni caso non hanno effetto, se non sono specificatamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto...”, il legislatore non ne circoscrive l'impiego, né impedisce all'impresa di utilizzarle. Così, si potrebbe affermare che, anzi, si garantisce al professionista la possibilità di introdurre nel contratto clausole di ogni tipo, non negoziabili e non modificabili da parte dell'aderente. Gli artt. 1342 e 1370 del cod.civ., che completano il quadro normativo di riferimento, non assumono grande rilievo ed efficacia. La previsione dell'art.1342 del cod.civ., sancisce che le clausole aggiuntive prevalgono su quelle del modulo o formulario, qualora siano incompatibili. La tutela

fornire una risposta alle istanze di tutela avanzate dai contraenti deboli e, per queste esigenze di tutela, neanche l'introduzione nel nostro ordinamento della legislazione di impronta consumeristica e, in particolare, del Codice del consumo, che assume come destinatario un soggetto ben determinato, ha avuto l'effetto sperato. Partendo dall'assunto che lo scopo di questa normativa si è concentrato sull'introduzione di un controllo della clausole di tipo sostanziale, sicuramente diverso da quello di carattere puramente formale previsto dalle norme codicistiche, il legislatore del Codice del consumo, che avrebbe dovuto superare le difficoltà insite nel codice civile, non ha saputo adattare la normativa al nuovo contesto economico e sociale. Infatti, la realtà delle contrattazioni economiche rende manifesto, ancora una volta, uno scenario diverso da quello prospettato, in cui il singolo individuo non riesce a porre in discussione la clausola vessatoria. Oltretutto, ad aggravare il contesto, si sottolinea la circostanza che nella maggior parte dei casi il soggetto contraente non ha alternative nella negoziazione perché i mercati si sviluppano in senso monopolista ed oligopolista, e ciò induce a rendere uniforme l'applicazione di clausole generali vessatorie.

Infatti, la questione problematica non risiede nella conoscenza del contenuto del contratto, ma in quello di non essere, in fondo, liberi di stipularlo o meno.

scarsamente efficace deriva dal fatto che, comunque, queste clausole non possono mai modificare, *in toto*, l'assetto regolamentare predisposto dal predisponente. L'art.1370 del cod.civ., infine, prevede che "le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro". Si tratta in pratica della *interpretatio contra proferentem*. Lo scarsissimo uso di questo articolo, per lo più limitato alle clausole di dubbia interpretazione rende insignificante il suo ruolo di tutela dell'aderente.

Su questo tema v., per tutti: Napoli, *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, in *Le condizioni generali di contratto*, vol. II, Milano, 1979-1981, p. 3 e ss.; Sicchiero, *Condizioni generali di contratto*, in *Riv.dir.civ.*, 1987, II, p. 215 e ss.; Alpa, *Condizioni generali di contratto*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 1988, II, p. 27.

Ad esempio, sarebbe impensabile al giorno d'oggi non accettare le condizioni del contratto di somministrazione dell'energia elettrica, del gas, del telefono con il conseguente accesso ad Internet.

Il nodo è dunque quello costituito da un lato dall'irrinunciabilità di alcuni beni e servizi, dall'altro dall'impossibilità di discutere il contenuto del contratto con le aziende erogatrici. Il predominio di fatto che si instaura in una siffatta situazione può condurre ad abusi nei confronti della generalità dei contraenti. La condotta abusiva non si tradurrà comunque in un difetto dell'atto né sotto il profilo dell'eventuale vizio della volontà del contraente sostanzialmente assoggettato al potere contrattuale della parte "forte", né dal punto di vista dello squilibrio tra le controprestazioni.

Questo stato di cose rende poco comprensibile perché la normativa comunitaria²³⁹ prima e dopo quella italiana non abbiano previsto una tutela allargata che contemplasse non solo il consumatore-utente, ma più in generale il contraente debole.

Questa problematica si è accentuata con la diffusione di contratti sempre più settoriali e specializzati, che prescindono dal commercio tradizionalmente inteso, ossia quello dei beni, ma che abbracciano la commercializzazione di servizi, il cui contenuto, spesso molto tecnico, appare ben conosciuto dagli operatori del settore e poco conosciuto dai destinatari degli stessi. Internet “non è solo un mezzo di comunicazione come vorrebbero sostenere riduttivamente

²³⁹ Direttiva n.13 del 1993, con cui la Comunità europea ha prescritto ai Paesi membri di disciplinare in modo uniforme le clausole abusive. I principi impliciti di questa direttiva sono da rintracciare, tra gli altri, nel principio della tutela del consumatore, nel principio della differenziazione dei contratti dei consumatori dagli altri di massa e dai contratti individuali, nel principio della scelta della legge applicabile meno sfavorevole al consumatore (per una ricostruzione cfr. Alpa, *Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori*, in *Contratti*, 1994, pp.113 e ss.).

alcuni. Internet è la convergenza di e-mezzi e degli e-servizi. È la nuova fonte di energia. Non a caso oggi si parla anche di IPV6 o di Internet delle cose, non più e non solo di Internet come mezzo di comunicazione²⁴⁰". Quindi, parrebbe opportuno estendere la tutela propria del codice del consumo, che attualmente si riferisce solo ai consumatori²⁴¹, ma in generale al contraente debole, includendo in questa definizione anche il professionista, che si trova ad operare in una situazione di debolezza negoziale. L'ambito della ricerca, anche per ragioni di circoscrizione del tema di indagine, ha posto la sua prioritaria

²⁴⁰ Bianchi, *I diritti della persona nativi dell'Internet. Dritto di accesso alla Rete, danno alla persona e Internet governance*", in *Il diritto d'accesso ad Internet*, cit., p.116.

²⁴¹ È negli anni '70 che il Parlamento europeo avvia un dibattito sull'esigenza di una politica di efficace protezione del consumatore-utente. Infatti, nella Carta europea per la protezione dei consumatori, approvata dall'assemblea consultiva d'Europa con la Risoluzione n. 543/1973, il consumatore veniva definito come "ogni persona...alla quale siano venduti beni o forniti servizi per uso privato".

È solo di due anni più tardi (1975) la stesura del "Programma preliminare della CEE per una politica di protezione e di informazione del consumatore". Qui il consumatore viene considerato, a prescindere dall'essere "controparte (anche indiretta) dell'impresa", quale fruitore dei benefici derivanti dalla concorrenza e dal mercato, in un'ottica più ampia che non lo vede più solo nella sua veste di usuale "compratore e utilizzatore di beni e servizi per il proprio uso personale, familiare o collettivo", ma anche "come individuo interessato ai vari aspetti della vita sociale che possono, direttamente o indirettamente, danneggiarlo come consumatore".

L'inserimento della nozione di consumatore nel Codice civile avviene solo nel 1996 con la legge n.52, con la quale viene inserito, dopo l'art. 1469 cod.civ., un capo recante la disciplina dei contratti del consumatore. Così, l'art.1469-bis cod.civ. dopo aver stabilito il campo di applicazione della disciplina, attribuisce, in conformità al testo della direttiva (93/13/CEE) la qualità di consumatore alla "persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta". Dalla lettura di tale articolo, non vi sono dubbi sul fatto che tale norma si applichi solo alle persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale. Tale definizione ha acceso lunghi dibattiti circa il suo carattere discriminante dovuto alla scelta di non estendere il suo raggio applicativo anche agli artigiani, alle piccole imprese e agli enti *no profit*.

Secondo parte della dottrina, la disciplina a tutela del consumatore troverebbe il suo fondamento nell'appartenenza di questi soggetti ad una specifica categoria o *status*, quella, appunto del consumatore, che sarebbe caratterizzata da una intrinseca debolezza (v. Alpa, *Interpretazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1987, pp. 313 e ss).

Secondo un'altra autorevole dottrina (v. Bigliazzi Geri, *Commentario al capo IV-bis del codice civile dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. e comm.*, 1997, pp.794 e ss.), invece, la prassi negoziale e commerciale non consentirebbe di individuare in modo rigido tale categoria, e non potrebbe, pertanto, parlarsi genericamente di alcuno *status* di consumatore. All'interno della nozione di consumatore, infatti, sussisterebbero soggetti estremamente eterogenei per competenza ed esperienza e, dunque, non tutti dotati di analoga debolezza che si vorrebbe elevare a comune denominatore della categoria.

attenzione al contraente debole, inteso secondo la definizione normativa quale persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale eventualmente svolta, tralasciando l'interrogativo, seppur rilevante, della tutela che dovrebbe competere al professionista "debole" che si trova ad accedere alla Rete per fini professionali²⁴².

Prima di analizzare la tutela che compete a questo tipo di contraente, appare opportuno indagare il contratto di accesso nella sua configurazione tipologica.

Apparentemente semplice, tale contratto solleva all'interprete problematiche di non poco conto.

4.1.1 Il contratto di accesso ad Internet: quid iuris?

La qualificazione giuridica del contratto di accesso ha dato luogo ad un dialogo dottrinale ormai datato, ma nonostante ciò mai risolto in maniera univoca e convincente. La problematica prende le mosse dalla difficoltà per i giuristi di individuare una giusta collocazione giuridica di questo rapporto contrattuale, che si pone come assolutamente nuovo rispetto agli schemi del codice civile del 1942²⁴³ e non trova una inquadramento organica all'interno di uno dei modelli contrattuali individuati dal legislatore di quel tempo.

²⁴² V. *infra*, nel testo, paragrafo 4.2.

²⁴³ La difficoltà di individuazione di questo rapporto contrattuale nasce dall'origine di questi contratti che è di matrice nord americana. Ciò ha come conseguenza che spesso, leggendo le condizioni generali che li regolano, si può verificare l'assenza di alcuni elementi tipici del bagaglio giuridico dei paesi di *civil law*, come ad esempio la mancanza di una precisa definizione dell'oggetto dell'obbligazione contrattuale. Al riguardo cfr. Bruno, *Il contratto d'accesso ad Internet*, in *I contratti di Internet*, a cura di Lisi, Torino, 2004, p.333 e ss.

Le dispute dottrinali in materia si sono incentrate sull'inquadramento del tipo contrattuale: esiste, così, in dottrina una divergenza tra coloro che richiamano la disciplina del contratto d'appalto²⁴⁴, da un lato e dall'altra parte, coloro che evocano la normativa del contratto di somministrazione²⁴⁵.

I primi autori²⁴⁶ che si sono occupati del contratto di accesso ad Internet hanno identificato la presenza di una prestazione di servizi offerta dal *provider* in favore dell'utente che si concretizza attraverso un rapporto a tempo indeterminato o a tempo determinato. Attraverso questa fattispecie contrattuale, all'utente viene garantita la facoltà, costante nel tempo, di connettersi alla Rete telematica in qualsiasi momento egli desideri effettuare l'accesso. Dall'altro lato, il *provider*, per consentire l'erogazione del servizio di connessione da parte dei propri utenti, dovrà aver predisposto un sistema telematico governato da apparati informatici che operino senza alcuna interruzione e senza alcuna attività da parte propria, se non quella di mantenere in condizioni di efficienza la struttura erogatrice del servizio. L'attività del *provider* procura così, solo in

²⁴⁴ L'art.1655 cod. civ. definisce l'appalto come il contratto con il quale una parte, con organizzazione dei mezzi necessari, assume a proprio rischio il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro.

²⁴⁵ La somministrazione, invece, di cui all'art.1559 cod. civ., è definita come il contratto con il quale una parte si obbliga verso corrispettivo di un prezzo, ad eseguire in favore dell'altra prestazioni periodiche o continuative di cose. La prestazione del fornitore non si esaurisce in un'unica prestazione ma presuppone una durata del contratto. Tuttavia, il limite è che la somministrazione è prevista soltanto per le "cose" e non per i servizi.

²⁴⁶ In merito cfr. Bocchini, *Il contratto d'accesso ad Internet*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 2002, p.471; Bocchini, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di Valentino, Napoli, 2004, pp.102 e ss; Sammarco, *I nuovi contratti dell'informatica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di Galgano, Milano, 2006, p.396.

via mediata²⁴⁷, il soddisfacimento del cliente. Dall'altra parte il cliente, consumatore e non solo, non di rado se intende fruire del servizio deve svolgere un'attività, ossia tenere una condotta attiva per realizzare l'utilità insita nel servizio che la struttura virtuale può erogare²⁴⁸.

²⁴⁷ Si pensi, in tal senso, al servizio *bancomat* o di *viacard* o di *telepass*. In tutti questi tipi contrattuali l'erogatore del servizio si limita a mettere a disposizione dell'altra parte una macchina senza svolgere nessuna attività durante l'erogazione del servizio.

²⁴⁸ La dottrina che ha sposato la teoria della somministrazione di servizi, ha concluso affermando che si tratta di un'obbligazione di mezzi nel senso che eventuali *deficit* che possono riguardare la rete e non direttamente il *provider* non rientrano nella sfera di competenza del *provider*, e pertanto sfuggono ad ogni controllo dello stesso che non può esserne chiamato a rispondere. Cfr. Tommasi, *Protocolli TCP/IP e problematiche contrattuali di accesso alla rete Internet*, in Sirotti Gaudenzi, *Trattato breve di diritto della rete. Le regole di Internet*, Rimini, 2001, p.127. All'opposto i contratti di servizi c.d. personali sono erogati dal prestatore attraverso la propria attività o, comunque, tramite l'attività personale dei propri dipendenti, eventualmente con il supporto di macchine, ma con funzione ausiliaria rispetto al *facere* del debitore della prestazione. È necessaria, quindi, l'attività umana del debitore, durante l'erogazione del servizio, onde non è sufficiente la sola messa a disposizione di una macchina per adempiere la prestazione contrattuale. L'attività dovuta dal debitore procura immediatamente il soddisfacimento del creditore (cfr. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p.44 e ss; Cicala, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Milano, 1953, pp.58 e ss; Giorgianni, *Gli obblighi di fare del venditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, pp.1 e ss.).

È bene porre in evidenza che più recentemente, anche alla luce di una sentenza della Suprema Corte di Cassazione (n.3520 del 14 febbraio 2008, in <http://www.personaedanno.it>), sia la dottrina che la giurisprudenza sembrano aperte al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato. In un primo momento le Sezioni Semplici erano orientate al superamento della tradizionale differenziazione tra la prova dell'inadempimento di un intervento di non facile esecuzione rispetto a quella di difficile esecuzione (Cass. 28/05/2004, n.10297, in *Danno e Resp.*, 2005, p.27). Il definitivo superamento della distinzione quantomeno ai fini dell'accertamento della responsabilità e delle conseguenze sulla distribuzione dei carichi probatori appare sancito da una recente nuova pronuncia delle Sezioni Unite, questa volta in relazione proprio ad un caso di *malpractice* medica. Questa decisione ha motivato sancendo che "tale impostazione non è immune da profili problematici se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni. In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato [...]. Dalla casistica giurisprudenziale emergono spunti interessanti in ordine alla dicotomia tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, spesso utilizzata al fine di risolvere problemi di ordine pratico, quali la distribuzione dell'onere della prova e dell'individuazione del contenuto dell'obbligo, ai fini del giudizio di responsabilità, operandosi non di rado per ampliare la responsabilità contrattuale del professionista, una sorta di metamorfosi dell'obbligazione di mezzi in quella di risultato, attraverso l'individuazione di doveri di informazione, definiti accessori ma integrativi rispetto all'obbligo primario della prestazione, ed ancorati a principi di buona fede, quali obblighi di protezione, indispensabili per il corretto adempimento della prestazione professionale in senso proprio (Cass. S. U., 11/01/2008, n.577, in <http://www.altalex.com>).

Questa strutturazione predisposta dal *provider* determina una stabilità ed una continuità nella prestazione dell'offerta che può essere paragonata all'erogazione e quindi alla fruizione delle utenze domestiche²⁴⁹. La peculiarità della durata, che caratterizza il rapporto negoziale in esame, fa sì che esso possa essere accostato ai contratti di somministrazione dei servizi di natura automatizzata, escludendo la figura dell'appalto di servizi, che potrebbe in prima battuta risultare rispondente al tipo contrattuale²⁵⁰.

La corrente dottrinale contrapposta²⁵¹ non concentra l'attenzione sul contratto di accesso come contratto di durata avente ad oggetto prestazioni periodiche o continuative di servizi, ma si è soffermata ad analizzare ed ad individuare l'oggetto specifico del contratto.

Così, il contratto, oltre al semplice accesso alla Rete Internet, comprende anche alcuni servizi offerti sulla Rete, quali:

- *Electronic mail*: si tratta di un servizio grazie al quale ogni utilizzatore è

²⁴⁹ *Contra*, Alberti, *I contratti d'accesso ad Internet*, in *Giust. civ.*, 1997, p.114 e ss. L'autore sostiene: "nel caso del contratto di accesso ad Internet non c'è nessuna consegna di cose, nemmeno di energie: il provider non dà nulla all'utente, ma costituisce solo un'organizzazione affinché questi possa, quando lo voglia, accedere alla linea telefonica da lui presa in affitto e di conseguenza di dialogare con i *computers* collegati alla rete. Nulla cambierebbe se il collegamento avvenisse tramite i satelliti o altro mezzo: il *provider* fornirebbe sempre una mera possibilità di instaurare il collegamento. Per far ciò egli non fornisce alcun bene, né energia elettrica, la quale anzi è presupposto per il funzionamento dei *computers* sia dell'utente che del provider e deve essere acquistata altrove".

²⁵⁰ Cfr. Sammarco, *I nuovi contratti dell'informatica*, cit., pp. 396-397. Tale autore sottolinea che il contratto d'appalto "seppur può essere annoverato tra i contratti ad esecuzione prolungata, sembra privilegiare la prestazione di un servizio che viene fornito all'utente in un lasso temporale ristretto, cioè non protratto nel tempo, che peraltro, viene fruito in modo pressoché istantaneo dal suo destinatario".

²⁵¹ De Nova, *I contratti per l'accesso ad Internet*, in *Aida*, 1996, p.39; Albertini, *I contratti d'accesso ad Internet*, cit., p.95, (questi due autori concordano sulla riconducibilità allo schema dell'appalto di servizi); Visalli, *Contratto d'accesso ad Internet e tutela della privacy*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 125; Sarzana-Ippolito, *I contratti di Internet e del commercio elettronico*, Milano, 2001, p.64.

in grado di comunicare con gli altri sempre e in qualunque luogo²⁵². Il servizio di *mail account* viene riconosciuto all'utente della Rete dal *provider*, che assegnerà al fruitore del servizio uno o più indirizzi di posta elettronica. La *e-mail* risulta essere il mezzo di comunicazione oggi più diffuso nel mondo e rappresenta forse l'unico stabile domicilio che un soggetto possa avere nell'era della globalizzazione. Infatti, mentre qualunque altro domicilio è "dipendente dalle variazioni spaziali del suo titolare, che nel corso del tempo possono essere anche numerose e che possono attraversare anche i continenti diversi, l'indirizzo di posta elettronica mantiene sempre la sua stabilità e la sua ferma riferibilità, e ciò indipendentemente dallo spostamento fisico del suo intestatario²⁵³".

- *Usenet o network news*, che consente al cliente di inserire, ricevere e scambiare informazioni;
- *File Transfer Protocol*, che si presenta come un protocollo atto a trasferire *file* da un Pc ad un altro;
- *World Wide Web*, ossia una piattaforma aperta sul mondo che permette al *server* di mettere ipertesti a disposizione degli utenti.

In questa prospettiva, l'obbligazione principale dell'utente è quella di pagare un corrispettivo ed in cambio di poter utilizzare i servizi che riceve dal *provider* all'interno della propria organizzazione. Il "bisogno economico da soddisfare, quindi, è la possibilità di accesso alla Rete e il consumatore/utente

²⁵² Il *provider* potrebbe mettere a disposizione dell'utente ulteriori prestazioni, come l'offerta di uno spazio sul disco fisso del proprio elaboratore destinato a contenere la casella di posta elettronica dell'utente, consentendogli così di non tenere continuamente in funzione il proprio computer. V. al riguardo, De Nova, *Internet-Profilo giuridici*, in Aida, 1996, p. 39.

²⁵³ Cfr. Sammarco, *I nuovi contratti dell'informatica*, cit., p. 399.

richiede al *provider* di provvedervi con adeguate cognizioni tecniche e apparecchiature²⁵⁴”.

Detto ciò, è necessario distinguere le prestazioni relative all’accesso alla Rete e al servizio di posta elettronica, da quelle riguardanti la realizzazione e gestione della pagina *web*. Questa impostazione sembra opportuna perché mentre nelle prime due ipotesi il fornitore si impegna ad eseguire un servizio, nella terza si vincola a realizzare un’*opera*, ossia la pagina elettronica *web*, oltre ad un servizio, ossia l’inserimento e il suo mantenimento in Rete²⁵⁵. La dottrina in esame si è interrogata circa l’applicabilità ai primi due casi delle norme sull’appalto o sulla somministrazione, partendo dal presupposto che, per determinare la disciplina applicabile, si deve guardare all’oggetto della prestazione, ossia nella specie il comportamento che il *provider* deve tenere per soddisfare il bisogno del consumatore.

L’oggetto, così, si concretizza in una prestazione ossia un *facere* del *provider*: lo svolgimento di un’attività e non la consegna di un bene. Per queste ragioni il contratto di accesso ad Internet non può essere inquadrato tra i contratti di somministrazione, che hanno come caratteristica principale quella di riguardare le cose e non i servizi.

Il negozio giuridico in esame, invece, presenterebbe somiglianze con il contratto di abbonamento telefonico, in quanto l’obbligazione del gestore consiste nel permettere l’accesso per intraprendere le comunicazioni

²⁵⁴ Albertini, *I contratti d’accesso ad Internet*, cit., p. 117.

²⁵⁵ In questo caso saremmo in presenza di un contratto misto in quanto esso andrebbe ricondotto al contratto di appalto d’opera per quanto riguarda la realizzazione delle pagine web ed, invece, all’appalto duraturo di servizi *ex art.1677 cod.civ.* con riguardo al mantenimento ed alla gestione in rete della pagina web (Albertini, *I contratti d’accesso ad Internet*, cit., p.118).

telefoniche. In entrambi i casi si configurerebbe un contratto di appalto. Questa dottrina ha sottolineato, però, l'insufficienza dello schema dell'appalto, per la continuità del rapporto che si instaura tra *provider* ed utente, con la conseguenza di dover prendere "in prestito per questa tipologia contrattuale" lo schema dell'art. 1677 cod.civ. Tale articolo, rubricato *Prestazione continuativa o periodica*, prevede che: "se l'appalto ha per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, si osservano, in quanto compatibili, le norme di questo capo e quelle relative al contratto di somministrazione (art. 1559 ss.)". Si tratta di una norma di rinvio che richiama le disposizioni sull'appalto e quelle sulla somministrazione, entrambe con il limite della compatibilità con il caso concreto e che non presuppone un criterio gerarchico tra le due categorie normative. Un'attenta dottrina sottolinea che "se accanto all'art.1677 cod.civ. si prende in considerazione l'ultimo articolo relativo al capo dedicato alla somministrazione, l'art.1570 cod. civ., ci si accorge che, mentre l'art. 1677 cod. civ. non porta in sé un criterio di gerarchia tra le due fattispecie, l'art. 1570 cod. civ. viceversa, porta un criterio di selezione e gerarchia della disciplina perché dispone che si applichino alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni, e quindi nel caso specifico, le disposizioni sull'appalto". Le norme sull'appalto quindi, secondo l'autore citato, si applicano in subordine e soltanto se siano compatibili con le norme sulla somministrazione stessa. L'art. 1570 cod.civ. "includendo al suo interno una gerarchia tra le due serie normative determina un rapporto di gerarchia tra l'appalto e la somministrazione che è, però, e a differenza delle

comuni opinioni, a favore di quest'ultima"²⁵⁶. La conseguenza di questa impostazione è che al contratto di accesso ad Internet andranno applicate, *in primis*, le norme relative alla somministrazione e soltanto successivamente, in quanto compatibili, quelle sull'appalto

A queste due correnti dottrinali si potrebbe avanzare l'obiezione di voler obbligatoriamente inquadrare il contratto di accesso ad Internet tra gli schemi del codice del '42. Se in passato, i contratti aventi ad oggetto servizi di durata costituivano veramente l'eccezione rispetto ai contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi, oggi giorno la realtà è cambiata. La rivoluzione tecnologica, con la prepotente irruzione di Internet, ha evidenziato che il contratto sul quale si fonda tutta la meccanica delle interconnessioni della Rete è proprio un contratto di durata avente ad oggetto la prestazione di servizi dell'informazione. Seguendo questa strada, l'accesso ad Internet si impone nell'economia dell'informazione, laddove storicamente l'atipicità contrattuale è stata creata dalla scienza giuridica per collocare tutte le manifestazioni che, in qualche modo, superavano la realtà tecnologica ed economica degli schemi prevalenti.

I dibattiti dottrinali in materia di contratto di accesso hanno avuto il loro massimo punto di discussione agli albori del 2000, per spegnersi nel giro di pochi anni e cadere quasi nel dimenticatoio come se il dibattito fosse ormai risolto e superato, anche se in realtà non si è giunti ad una compiuta definizione della problematica. La spiegazione più plausibile è che la regolamentazione di

²⁵⁶ Bocchini, *Il contratto d'accesso ad Internet*, 2002, cit. Precisa l'autore che l'art. 1570, pertanto "non si pone in contrasto con il 1677, tuttavia esso includendo al suo interno una gerarchia tra le due serie normative determina un rapporto di gerarchia tra l'appalto e la somministrazione che è, però, ed a differenza delle comuni opinioni, a favore di quest'ultima".

questi contratti è interamente affidata alle regole pattizie e difficilmente si pone il problema della soluzione di questioni da affidare alla disciplina codicistica.

4.2 Il destinatario della tutela: il contraente debole e la sua asimmetria contrattuale

Nella più recente produzione normativa la dottrina ha visto i segni rivelatori di una sempre più marcata tendenza “a differenziare la disciplina positiva in relazione alla condizione soggettiva dei contraenti in funzione di una più compiuta tutela di posizione di debolezza negoziale. Al punto che l’emanazione di <<norme di protezione>> ha indotto dottrina e giurisprudenza ora a lamentare l’incoerenza di talune disposizioni sul piano della diseguale protezione accordata a situazioni di debolezza negoziale eguali, ora ad auspicare interventi più estesi a tutela di ogni contraente debole ²⁵⁷”. Si è via via indirizzato lo sguardo al contraente caratterizzato da una posizione di (presunta) debolezza nei confronti della controparte professionale, definito in generale “consumatore”, ovvero, a seconda dei settori “cliente”, “investitore”, “turista”, “acquirente”. Le dinamiche del mercato disegnano contesti in cui il

²⁵⁷ Scarso, *Il contraente debole*, Torino, 2006, p.3; cfr. anche Bianca, *Il contratto, Diritto civile*, Milano, 2000, p.396-397. L’autore osserva che “l’attuale quadro normativo vede l’affermazione della tutela dei consumatori. La tendenza è però verso una giustizia del mercato in cui siano vietati gli abusi di posizioni di dominio contrattuale anche nei rapporti tra imprenditori... Il prevedibile proseguimento del controllo sul potere contrattuale dell’imprenditore scaturente dalla sua posizione economicamente autoritaria (v. la legge n.192/1998 in materia di subfornitura) dovrebbe rinvenirsi nella generalizzata tutela del contraente debole”.

rapporto fra le parti è ben lontano da quella posizione di parità di forze che in teoria dovrebbe essere garanzia di una efficiente dinamica contrattuale.

La direttiva comunitaria n.93/13 tutela, come anche in precedenza accennato, unicamente il consumatore-utente persona fisica. Ciò, però, non deve essere fuorviante per il ragionamento perché punto fondamentale riguarda il fatto che tale direttiva comunque non preclude provvedimenti attuativi che mirano ad estendere a soggetti diversi dalle persone fisiche la disciplina in essa contenuta²⁵⁸.

In Italia, quando nel 1996 con la legge n. 52 è stata recepita tale direttiva, il legislatore non ha né modificato né ampliato le previsioni comunitarie, ma anzi ha recepito *in toto* il testo originario del legislatore comunitario. Così, da quanto emerge dal dato normativo italiano, ad essere tutelato è esclusivamente il consumatore inteso come “la persona fisica che agisca per scopi estranei all’attività imprenditoriale eventualmente svolta²⁵⁹”. Se dal punto di vista interpretativo la definizione non può dare adito ad interpretazioni errate, ciò che è discutibile è la sua applicazione limitata esclusivamente alle persone fisiche. Per capire meglio ciò, si potrebbe prendere come riferimento un soggetto che attraverso un punto vendita, telemarketing o via Internet stipuli un contratto di connessione Internet per l’uso domestico. A questo soggetto è

²⁵⁸ In Francia, ad esempio, la nozione di consumatore si è ampliata e ciò grazie all’opera della giurisprudenza, che ha utilizzato come parametro di valutazione quello della competenza del soggetto nel campo in cui si trova ad operare. Anche in Inghilterra la giurisprudenza ha esteso la nozione di consumatore al piccolo imprenditore. Infine, in altre nazioni, come Paesi Bassi, Spagna e Grecia, in sede di recepimento di tale direttiva si è ampliata la definizione di consumatore estendendola sia agli enti no profit, sia ai piccoli professionisti.

²⁵⁹ Art. 3 del Cod. del Cons..

diretta la tutela che offre la direttiva comunitaria, che quindi ha come scopo quello di tutelare il consumatore occasionale?

Da altro versante, sarebbe possibile prospettare l'esempio di un libero professionista che voglia stipulare un contratto di accesso ad Internet con un *provider*, per la sua attività professionale. In questo caso, secondo la normativa, questo tipo di contratto non rientrerebbe fra quelli tutelati in quanto il professionista agirebbe nell'ambito della sua attività.

Questo dà adito a degli interrogativi che gli studiosi si sono già posti, quali, per esemplificare, i seguenti:

- 1) un dottore commercialista che stipula un contratto di accesso ad Internet ha le competenze giuridiche adatte per poter far modificare il contenuto contrattuale standardizzato?
- 2) e soprattutto, che differenza
- 3) fa se questo commercialista lo acquista a fini privati o per la sua attività professionale?

Sia il primo che il secondo interrogativo sono di facile soluzione in quanto se il libero professionista agisce per scopi privati è considerato consumatore e quindi si applica l'intera normativa sui contratti dei consumatori; nel caso in cui agisce da professionista, a norma di legge, non si applica alcuna tutela consumeristica. Quindi, da tali considerazioni emerge un paradosso di fondo, ossia la consapevolezza che una piccola società unipersonale che stipula un contratto con un *provider* non è considerato consumatore; un ente che non ha fini di lucro non è mai considerato consumatore. Questi soggetti, però, posseggono lo stesso potere contrattuale di una persona fisica che stipula un

contratto di accesso ad Internet, con l'unico limite di non potere fruire delle tutele consumeristiche.

A tale problematica si somma quella dell'uso promiscuo di beni e servizi, per il quale individuare la normativa di riferimento non risulta facile. Si pensi, ad esempio, ad un avvocato, che ha lo studio all'interno della sua abitazione, il quale stipuli un contratto di accesso ad Internet, che adopera sia per la sua attività che per la sua vita familiare.

La normativa a tutela del contraente debole, così formulata, risulta inadeguata per una effettiva tutela degli utenti presenti sul mercato. La stipulazione con un gestore telefonico un contratto di accesso ad Internet prevede sempre l'adesione a contratti preformati, senza possibilità di negoziare le condizioni contrattuali. In base a tali circostanze, quindi, il piccolo imprenditore che in un rapporto contrattuale si trova ad essere svantaggiato perché non può far altro che aderire ad un contratto preformato, non avrà a disposizione la forte tutela che il legislatore ha offerto al consumatore.

Sia la maggioranza della dottrina²⁶⁰ sia gran parte della giurisprudenza²⁶¹ hanno ritenuto che "escludere le persone giuridiche dall'ambito di applicazione della normativa delle clausole vessatorie sarebbe contrario al principio di eguaglianza di cui all'art.3 della Costituzione, non potendosi riservare un

²⁶⁰ Barengi, *I contratti per adesione e la clausole vessatorie*, in *Trattato di diritto europeo*, a cura di Lipari, Padova, 2003, p. 326-327; Azzaro, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000, p.111; Ruffolo, *Le clausole vessatorie*, Milano, 2000, p.23; Troiano, *Gi enti pubblici come professionisti e come consumatori*, in *Nuove leggi civ. e comm.*, 1997, p.851 e ss. In merito, più recentemente v. Cassano e Di Giandomenico, *Il diritto dei consumatori. Profili applicativi e strategie processuali*, Torino, 2010.

²⁶¹ Tra le altre cfr. Giudice di pace de L'Aquila, 3 novembre 1997, in *Arch. civ.*, 1998, p. 279; Giudice di Pace di Sanremo, 5 luglio 2001, in *Giur. mer.*, 2002, p.649.

trattamento giuridico differente a situazioni simili²⁶². Questa insoddisfazione per la nozione di consumatore adottata dal legislatore, aveva già dato adito, come in precedenza detto, alla questione di legittimità costituzionale dell'art.1469-bis²⁶³ nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese.

E' noto che la Corte ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata al riguardo dal Giudice di Pace di Sanremo con la sentenza emessa il 5 luglio 2001, per supposta violazione degli artt.3, 25 e 41 Cost.²⁶⁴.

²⁶² Scarso, *Il contraente debole*, cit., p.181.

²⁶³ Oggi corrispondente all'art.33, comma 2 del Codice del Consumo.

²⁶⁴ Cfr. Corte Cost., sentenza del 28 novembre 2002, n. 469, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p.688; in *Danno e resp.*, 2003, p.701. La questione di legittimità dell'art. 1469-bis cod. civ. era stata posta innanzi alla Corte Costituzionale, nella parte in cui non equipara al consumatore le imprese artigiane e le piccole imprese. Più precisamente, il Giudice di Pace di Sanremo, con ordinanza emessa il 5 luglio 2001, ha sollevato in riferimento agli artt. 3, 25, e 41 della Costituzione questione di legittimità costituzionale dell'art.1469-bis, comma 2, del cod.civ.e ciò per la irragionevolezza della discriminazione operata tra piccolo imprenditore e artigiano rispetto al privato consumatore. Il giudice *a quo* sottolinea, in particolare, che "la finalità dell'art.1469-bis e dell'intero capo XIV-bis del codice civile sta nella tutela del contraente rispetto alla parte avente maggiore potere contrattuale e che soprattutto per i contratti per adesione, le cui clausole negoziali sono già predisposte, è evidente come la parte debole sia posta nell'alternativa di aderire o di rinunciare alla prestazione. Il rimettente afferma che un ulteriore profilo di incostituzionalità potrebbe ravvisarsi nella circostanza che le clausole che attribuiscono la competenza territoriale esclusivamente dal giudice del luogo dove ha sede il professionista hanno l'effetto di sottrarre l'attore al proprio giudice naturale precostituito per legge, che è quello del luogo dove l'attore medesimo ha la residenza o il domicilio. Infine, sussisterebbe un contrasto con l'art.41 della Cost., in quanto la direttiva comunitaria, di cui la norma impugnata costituisce attuazione, si iscrive nel più ampio disegno di realizzare in ambito comunitario il libero mercato il quale postula una effettiva concorrenza tra i soggetti economici e la rimozione degli ostacoli, di fatto o di diritto, che nei vari Stati membri la limitano. La difesa erariale ha posto anzitutto in rilievo come non debba confondersi la figura del consumatore con quella del contraente debole, in quanto la prima riceve una efficace tutela sostanziale degli artt.1469-bis e ss del codice civile, mentre la seconda è contemplata dagli artt.1341,1342 e 1370 del codice civile ai fini di una tutela meramente formale. La preferenza nell'accordare particolare protezione a coloro che agiscono in modo occasionale, saltuario e non professionali si dimostra non irragionevole allorché si consideri che la finalità della norma è proprio quella di tutelare i soggetti che secondo l'*id quod plerumque accidit* sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare, onde la logica conseguenza dell'esclusione dalla disciplina in esame di categorie di soggetti -quali quelle dei professionisti, di piccoli imprenditori, degli artigiani- che proprio per l'attività abitualmente svolta hanno cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità. Una diversa scelta presupporrebbe logicamente che i piccoli imprenditori e gli artigiani, così come il professionista, siano sempre soggetti deboli anche quando contrattano a scopo di lucro in funzione dell'attività

Comunque, si deve precisare che la definizione di consumatore di cui all'art.3 del Codice del consumo non è l'unica offerta dal Codice²⁶⁵. Quando, infatti, vengono in esame interessi di rilievo non solo costituzionale ma costituenti addirittura diritti fondamentali della persona quale il diritto all'informazione o quando l'asimmetria informativa non potrebbe essere superata nemmeno dall'imprenditore più attento, è considerato consumatore semplicemente colui che conclude un contratto con il professionista, a prescindere da qualsiasi accertamento relativo al fine per il quale il soggetto compie l'atto. In queste ipotesi, infatti, la legge continua a chiamare tale soggetto consumatore, non

imprenditoriale e artigianale da essi svolta e il che contrasterebbe con lo spirito della direttiva e della conseguente normativa di attuazione.

Tale problematica non è stata neanche superata con l'ultimo passaggio nell'evoluzione normativa del concetto di consumatore, ovvero l'emanazione del Codice del consumo, che all'art.3, lett.a) sancisce che è consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

²⁶⁵ In questa direzione vanno segnalati alcuni articoli del Codice del consumo, quali:

- l'articolo 5, che stabilisce che per consumatore si intende “anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali”.
- l'articolo 18, che prevede una definizione di consumatore diversa da quella presente agli articoli 3 e 5; si configura come una definizione ancora più ampia, perché abbraccia qualsiasi “consumatore o utente anche la persona fisica o giuridica cui sono dirette le comunicazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze”. Tale articolo, così, ha come obiettivo quello di tutelare indistintamente tutti i soggetti e non solo colui che agisce per finalità estranee all'attività imprenditoriale eventualmente svolta. Quindi scopo di tale disciplina è quello di imporre un nuovo obbligo di avere un comportamento corretto nei confronti di tutti i soggetti siano essi persone fisiche o giuridiche. Ciò perché, in questa circostanza sicuramente la maggiore esperienza propria dell'imprenditore non servirebbe.
- gli articoli 70 e 71 si rivolgono indifferentemente a tutti gli acquirenti, siano o no consumatori. L'articolo 70 prevede che il venditore è tenuto a consegnare ad ogni persona -quindi sia fisica che giuridica- che richiede informazioni, un documento informativo; mentre l'articolo 71 afferma che il contratto, a prescindere dal soggetto con il quale sia stato concluso, deve essere fatto per iscritto a pena di nullità.
- l'articolo 83 che riguarda la disciplina dei viaggi e vacanze “tutto compreso”, afferma che è consumatore colui che acquista un pacchetto turistico. Nell'ipotesi in cui il viaggio e l'alloggio non risultino conformi allo standard qualitativo a cui il prestatore si sia impegnato per iscritto, è evidente che l'eventuale maggiore esperienza dell'imprenditore non servirebbe ad esempio ad impedire che, una volta giunti sul posto, l'albergo non sia della categoria promessa. In questa ipotesi la legge riserva una tutela indifferenziata a tutti i soggetti acquirenti del pacchetto turistico a prescindere dalla sussistenza di un'esigenza di salvaguardia di valori costituzionali particolarmente rilevanti, perché anche l'eventuale maggiore esperienza dell'imprenditore non permetterebbe a quest'ultimo di concludere un contratto in condizioni di parità.

intendendo però colui che acquista un bene o un servizio per finalità estranee all'attività imprenditoriale, ma facendo semplicemente riferimento al soggetto che consuma, che utilizza il bene, a prescindere dunque dalla destinazione dell'attività di impresa.

Rilevante sarebbe la possibilità di far rientrare il libero professionista o la piccola azienda che stipula un contratto di accesso ad Internet con un *provider* nella definizione di consumatore, prendendo come assunto che il suo diritto sarebbe un diritto fondamentale e di conseguenza tale da meritare un'attenta tutela.

Le strade da percorrere per arrivare a tale assunto potrebbero essere due, ossia quella legislativa e quella di interpretazione sistematica.

La decisione in esame della Corte Costituzionale appare in linea con quanto dettato dalla normativa comunitaria, ma risulta stridente nella sua motivazione, in particolar modo nel punto in cui testualmente prevede che “la legislazione è finalizzata a proteggere la parte contraente più debole”. In realtà, si può concludere che la normativa comunitaria e di riflesso quella nazionale, non tutelano la parte più debole, ma unicamente la persona fisica che agisce per scopi estranei alla propria attività, persona che nella maggior parte dei casi corrisponde sì a quella nozione “ideale” di consumatore da tutelare. Facendo ciò, però, vengono esclusi dall'applicazione di tale dettato una serie di situazioni nelle quali esiste una parte contraente decisamente più debole o comunque più debole a seguito di un accertamento in concreto che però non può usufruire di tale importante legislazione a lei indubbiamente più favorevole.

Neppure pertinente pare l'affermazione operata dai giudici costituzionali che “i professionisti, i piccoli imprenditori e gli artigiani hanno cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità con il predisponente le clausole vessatorie”. Ciò perché, facendo riferimento alla nozione di parità, la Corte Costituzionale sembrerebbe incorrere nell'errore di ritenere davvero che la situazione di debolezza tutelata dalla normativa comunitaria possa essere misurata in relazione alla tipologia di contratto concluso. I giudici magari avrebbero dovuto limitarsi ad affermare che altro è agire per “scopi privati”, altro è agire per scopi imprenditoriali o professionali, posto che il livello di circospezione, accortezza ed avvedutezza che si esigono dall'operatore professionale è differente.

Seguendo la strada legislativa si dovrebbe pervenire ad una modifica della disciplina comunitaria e/o italiana riguardo al recepimento della direttiva n° 93/13, per rendere effettivamente tutelato il contraente più debole, sia esso persona fisica o giuridica o ente non personificato. Quindi appare necessario estendere tali esigenze di tutela anche a situazioni nelle quali non sia coinvolto unicamente un consumatore persona-fisica, magari privilegiando comunque una maggiore e più ampia tutela per i consumatori così come intesi dalla normativa vigente, ma prevedendo l'estensione della stessa anche alla parte contrattuale più debole, sia essa o no un consumatore ai sensi dell'art.33 del Codice del consumo.

Anche l'analisi del Codice del consumo mostra che le preoccupazioni del legislatore in merito alla tutela del contraente debole sono quelle caratteristiche della tradizionale impostazione del diritto dei consumatori, volte a riequilibrare

la posizione del consumatore rispetto a quella del professionista in termini di messa a disposizione di informazioni chiare ed esaustive circa le caratteristiche e qualità del bene o servizio oggetto del rapporto di consumo.

Tutto questo, però, viene visto come un limite che deve essere superato.

Sarà scelta del legislatore italiano “se voglia provvedere a questo in sede nazionale, semplicemente disponendo l'ampliamento in via legislativa della nozione di consumatore da tutelare -come la normativa comunitaria gli permette sin dall'inizio- oppure se si voglia arrivare a tale risultato agendo in sede comunitaria insieme agli altri Paesi membri, data la crescente importanza del commercio nell'ambito di tutti paesi della comunità europea²⁶⁶”.

La seconda strada che si potrebbe percorrere, e che sarebbe auspicabile, vede il contratto del consumatore proiettato nella dimensione di un rinnovato diritto comune mediante l'estensione della normativa di protezione a soggetti magari non istituzionalmente deboli, ma non per questo meno vulnerabili dinanzi ai rischi della contrattazione standardizzata e dell'assenza di un'adeguata informazione, che portano ad un'asimmetria di potere contrattuale²⁶⁷.

Un'autorevole dottrina sottolinea come “non occorrono nuove categorie costruite sulle qualità del contraente (consumatore, cliente, impresa debole), ma un metodo nuovo per la disciplina del contratto, regolato da un insieme di

²⁶⁶ Tozzi, *Per un ampliamento normativo della nozione di consumatore*, in <http://www.jei.it>, 2002.

²⁶⁷ L'espressione “asimmetria di potere contrattuale” si riferisce a tutti quei “contratti in cui si fronteggiano due soggetti di mercato caratterizzati da una significativa asimmetria di potere contrattuale: asimmetria che per il fatto di derivare precisamente dalle rispettive fisiologiche posizioni di mercato si presenta come asimmetrica di tipo per l'appunto fisiologico e non patologico”, in Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p.683. Vedasi anche Roppo, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, pp.267 e ss.

fonti da cui si traggono elementi di conformità alla regola e nuove forme di tutela con un'attività di decostruzione e di innovazione che la giurisprudenza italiana ha già iniziato, utilizzando in particolare alcuni strumenti²⁶⁸”.

Nella tipologia dei contratti “asimmetrici” sarebbero da ricomprendere tanto i contratti B2C, ossia i contratti tra consumatori e professionisti, tanto quelli tra professionisti (B2B o B2b), perché l’asimmetria si ricollega allo squilibrio regolamentare e ciò assume valore sintomatico di un “abuso dell’autonomia contrattuale”.

In dottrina, però, è facile trovare una differenza sostanziale. Da un lato, la debolezza del consumatore viene ravvisata nel suo essere “soggetto esterno alle dinamiche socio-economiche”, che, non operando professionalmente nel mercato di riferimento, non può disporre “di conoscenze e informazioni rilevanti per compiere scelte contrattuali pienamente consapevoli²⁶⁹”: e secondo questa opinione la relativa tutela consisterebbe nell’imporre al professionista obblighi di informazione “penetranti e pervasivi”, nell’interesse di una categoria “strutturalmente priva di un paritario potere contrattuale a causa di un’inferiorità cognitiva²⁷⁰”. Dall’altro lato, nel contesto dei contratti tra professionisti, ciò che rileva è la dipendenza commerciale dell’una rispetto

²⁶⁸ Vettori, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l’impresa debole*, in *Pers. e merc.*, 2012.

²⁶⁹ D’Amico, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti-Villa, Bologna, 2008, 35 e ss.

²⁷⁰ Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti-Villa, Bologna 2008, pp. 10 e ss, che richiama Breccia, *La parte generale tra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, relazione (inedita) presentata al convegno *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, svoltosi a Pisa il 25 e 26 maggio 2007, p.30 (del dattiloscritto).

all'altra e l'informazione diviene oggetto di un obbligo comportamentale della fase precontrattuale.

Ma nel caso in oggetto, ossia nel caso del contratto di accesso ad Internet, che si presenta sempre nella forma di contratto per adesione, la fase precontrattuale è annullata e quindi verrebbe ad appiattirsi la differenziazione di debolezza tra professionista e consumatore per prendere ampio slancio la riconduzione ad un'unica figura: il contraente debole che stipula un contratto di accesso con un *provider*.

Forse potrebbe essere possibile anche nel nostro ordinamento imboccare la strada, già intrapresa dalla Germania, dell'estensione della *Inhaltskontrolle* al contratto negoziato tra le parti in condizioni di squilibrio contrattuale²⁷¹. L'estensione della tutela consumeristica alla contrattazione tra professionisti trova la sua *ratio* nella consapevolezza che per determinati tipi di contratti, quelli che hanno ad oggetto beni o servizi che sono espressione del soddisfacimento di un diritto fondamentale, quale potrebbe essere il diritto all'informazione nell'accesso ad Internet, il regolamento contrattuale iniquo potrebbe pregiudicare il realizzarsi della persona umana, quale valore costituzionale preminente. L'estensione analogica della disciplina fa leva sulla tutela della dignità della persona umana, nell'accezione dell'art.2 Cost., ossia il principio di autodeterminazione della persona e di garanzia della sua libertà.

²⁷¹ A. Barengi, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, pp.202 ss., mentre il testo si ritrova in traduzione italiana *ivi*, p.197 ss.

4.3 Gli obblighi informativi nel contratto di accesso ad Internet

Nel mercato delle comunicazioni elettroniche, nonostante le diversità fra le varie tipologie di servizi disponibili per gli utenti, alcuni aspetti del rapporto che si crea fra l'operatore e l'utente sono comuni a tutti i servizi.

In particolare, sono analoghi i dettami riguardanti le informazioni e le presentazioni delle condizioni economiche di offerta perché la trasparenza dell'informazione resa al contraente debole è fondamentale per assicurare una certa tutela ai fruitori del servizio²⁷².

²⁷² Il problema delle asimmetrie nell'ambito delle contrattazioni è stato coerentemente approfondito da tre economisti: Stiglitz, Akerlof e Spence. Questi studiosi sottolineano che le informazioni rilevanti per la formazione di un atto di scambio sono asimmetricamente distribuite tra le parti e ciò provoca un vantaggio conoscitivo sull'altra parte. Ed è proprio questa consapevolezza del vantaggio conoscitivo che può dar luogo ad un comportamento opportunistico da parte del contraente che gode del vantaggio conoscitivo. Naturalmente sono proprio questi comportamenti che possono creare disequilibrio informativo.

L'asimmetria informativa può derivare da:

- informazione incompleta sulla qualità del prodotto o servizio e quindi chi vende conosce qualcosa che è ignota a chi compra;
- informazione incompleta sul prezzo e quindi chi compra non conosce la distribuzione dei prezzi.

L'incompletezza dell'informazione è una caratteristica sia pre-contrattuale che post-contrattuale.

Per quanto riguarda gli effetti del vantaggio conoscitivo nel periodo pre-contrattuale da parte del venditore possiamo prendere come riferimento un notissimo studio pionieristico di Akerlof sul mercato delle auto usate.

In questo mercato, come sottolinea un'informata dottrina (cfr. De Lorenzi, *Correttezza e diligenza precontrattuale: il problema economico*, in *Riv. dir. comun.*, 1999, p. 565), "è più che ovvio che si è in presenza di forti asimmetrie informative, oltretutto non facilmente eliminabili, dovute alla maggiore conoscenza dei difetti dell'auto da parte del venditore e non da parte dell'acquirente, e questo come conseguenza del fatto che il prezzo è un indicatore impreciso e non sempre attendibile circa l'effettiva qualità del bene messo in vendita. In queste condizioni, posto che chi compra non è in grado di conoscere esattamente le condizioni dell'auto usata, sarà disposto a devolvere un prezzo medio che tenga conto del rischio di acquistare un <<bidone>>. Ne consegue, che definito un prezzo medio di acquisto, saranno disponibili a vendere a quel prezzo soltanto coloro i quali hanno auto che in concreto hanno un valore uguale o inferiore rispetto a quello medio di mercato. Per converso chi ha una automobile che vale di più non sarà disposto ad alienarla a quel prezzo. Si instaura pertanto un circolo vizioso in virtù del quale, l'impossibilità di conoscere con esattezza la qualità dell'auto usata, conduce ad una progressiva riduzione del prezzo nonché della qualità delle auto immesse sul mercato, fino al limite dell'esclusione del mercato stesso. Si tratta del noto fenomeno della selezione avversa, già noto specie nel settore assicurativo, e che in realtà opera con riferimento a qualsiasi mercato".

L'asimmetria informativa che si sviluppa nel periodo post-contrattuale riguarda, invece, la circostanza che stipulato il contratto le parti sono obbligate alla prestazione e alla controprestazione, ossia il pagamento del prezzo.

Infatti, stipulato il contratto la parte obbligata alla prestazione può sfruttare opportunisticamente l'asimmetria informativa, se la prestazione non è verificabile dalla controparte. L'effetto finale del comportamento opportunistico nei casi di *Moral hazard* è rappresentato da una distorsione degli effetti del contratto con una perdita di efficienza in termini di benessere sociale.

A questo punto, dovrebbe iniziare a sorgere una prima contraddizione nell'ambito della stessa teoria economica dell'informazione. Da un lato gli economisti a partire da Stigletz sottolineano il fatto che l'informazione da un punto di vista economico è un bene, ancorchè molto particolare che si accosta molto alla disciplina dei beni pubblici, data l'indubbia difficoltà ad assicurare allo scopritore dell'informazione l'esclusiva circa il suo sfruttamento. Produrre informazioni può essere molto costoso in termini di tempo e investimenti effettuati, e non sempre chi investe in questo settore ha la garanzia di conseguire il diritto di sfruttare in esclusiva il frutto del suo lavoro. Dall'altro lato gli economisti a partire da Akerlof e Spence sottolineano le inefficienze tipiche dei mercati caratterizzati da asimmetrie informative.

Quindi, l'obbligo di informazione e l'esigenza di tutela della posizione di vantaggio economico così si trovano in una posizione di forte contrasto. Sarebbe importante capire quale delle due situazioni debba essere tutelata in caso di contrasto, ossia se bisogna tutelare il vantaggio conoscitivo che un soggetto privato ha ricavato in seguito ad investimenti e studi specifici, o se ciò passa in secondo piano di fronte ad una trattativa di per sé disequilibrata a causa della mancanza di informazione.

Un economista che si è occupato di tale problematica –Kronman- in un noto scritto (cfr. Kronman, *Mistake, duty of disclosure, information and law of contracts*, in *Journal of Legal Stud.*, 1978) aveva sostenuto che occorre escludere il dovere di comunicare le informazioni costose. Questo autore faceva l'esempio di una compagnia petrolifera, che dopo investimenti e ricerche specifiche aveva scoperto l'esistenza di un pozzo di petrolio in un terreno da acquistare, ed escludeva l'obbligo di informare il venditore. Kronman, ovviamente, partiva dall'idea che "l'informazione è un bene costoso, che appartiene a colui il quale ha effettuato investimenti per conseguirla; di qui dunque l'inconfigurabilità di un dovere di rivelare le informazioni costose. Chi investe in informazioni acquisisce una situazione di vantaggio che gli compete in modo integrale (v. Gallo, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv.dir. civ.*, 2007, p.649).

Questo criterio di ragionamento, anche se formalmente giusto, appare unilaterale, ossia non prende in considerazione che per assicurare un mercato efficiente bisogna eliminare le asimmetrie informative.

Inoltre, l'argomentazione di Kronman contrasta *in toto* con quanto stabilito dal nostro codice e più in particolare con ciò che prevedeva il diritto romano in merito al ritrovamento di un tesoro. Infatti, l'art. 932 del cod.civ. sancisce che il tesoro appartiene al proprietario del fondo in cui si trova, ma se esso è stato trovato nel fondo altrui spetta per metà al proprietario del fondo e per metà al ritrovatore. Si può, dunque, constatare anche se non è possibile effettuare un confronto immediato tra pozzo petrolifero e tesoro, che la soluzione codicistica prospettata è quella di ripartire la scoperta tra il proprietario del fondo e scopritore.

Inoltre, l'argomentazione di Kronman può essere messa in discussione sotto un altro profilo. L'autore in questione trascura che chi vende un terreno ignorando la presenza di un pozzo di petrolio commette un errore sicuramente essenziale sull'oggetto venduto, il quale se è riconoscibile ed a maggior ragione conosciuto dal compratore, può legittimare l'impugnazione del contratto per errore essenziale (art.1429 del cod. civ.). Ma se così stanno le cose, ai sensi dell'articolo 1338 del cod. civ., scatta la responsabilità della controparte che era a conoscenza dell'errore per conclusione di un contratto invalido, con conseguente obbligo di risarcire i danni: "la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto".

Considerate queste circostanze, tenuto conto del disposto dell'art.1338 del codice civile appare difficile escludere la configurabilità di un obbligo di informazione circa l'invalidità del contratto. Se vi è la sanzione, inevitabilmente vi è l'obbligo di informazione, la cui violazione comporta, per l'appunto l'obbligo di risarcire il danno.

Gran parte delle norme in materia è contenuta nel Codice delle comunicazioni elettroniche, nelle delibere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni²⁷³ e nel Codice del consumo.

Nell'art.70 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, è sancito che i contratti stipulati con imprese che forniscono la connessione o l'accesso <<alle Rete telefonica>> o <<servizi di comunicazione elettronica>>, devono contenere almeno:

- a) la denominazione e l'indirizzo del fornitore del servizio;
- b) i servizi forniti, i livelli di qualità dei servizi offerti e il tempo necessario per l'allacciamento iniziale;
- c) i tipi di servizi di manutenzione offerti;
- d) il dettaglio dei prezzi e delle tariffe, nonché le modalità secondo le quali possono essere ottenute informazioni aggiornate in merito a tutte le tariffe applicabili e a tutti i costi di manutenzioni;
- e) la durata del contratto, le condizioni di rinnovo e di cessazione dei servizi e del contratto;
- f) le disposizioni relative all'indennizzo e al rimborso applicabili qualora non sia raggiunto il livello di qualità del servizio previsto dal contratto;
- g) il modo in cui possono essere avviati i procedimenti di risoluzione delle controversie ai sensi dell'art.84;

²⁷³ L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (acronimo: AGCOM) è stata istituita dalla legge 31 luglio 1997 n.249, dopo che la legge 14 novembre 1995 n.481 aveva sancito i principi generali per l'istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità. L'AGCOM è un'Autorità amministrativa indipendente perché opera in piena autonomia, con indipendenza di giudizio e di valutazione, svolgendo attività di controllo e di regolazione, oltre che attività consultiva e di segnalazione al Governo per lo sviluppo della normativa del settore di propria competenza, che è quello delle "comunicazioni elettroniche", denominazione che ricompre ormai comunemente ogni forma di comunicazione digitale: telecomunicazioni, Internet, radiotelevisione etc...

Questo articolo trova completezza con il successivo, che disciplina la trasparenza e la pubblicazione delle informazioni. Infatti, l'Autorità assicura che le informazioni riguardanti i prezzi e le tariffe siano sempre trasparenti e aggiornate, accessibili al pubblico. In tal modo, potrà promuovere la fornitura di informazioni che consentano agli utenti finali, ove opportuno, e ai contraenti di valutare autonomamente il costo di modalità di uso alternative, anche mediante guide interattive.

Inoltre, le informazioni sul servizio devono rispettare alcuni principi²⁷⁴:

- a) devono essere *complete*, cioè devono indicare eventuali limitazioni tecniche, temporali, territoriali o di altra natura per la disponibilità del servizio;
- b) devono essere disponibili sul *web*, nei punti vendita diretti e indiretti, fornendo una completa descrizione delle caratteristiche dei servizi offerti e dell'esistenza di eventuali vincoli;
- c) devono evidenziare ogni componente del costo del servizio e la forma di tariffazione, indicando sempre prezzi Iva inclusa quando l'informazione è rivolta, anche non esclusivamente, alla clientela residenziale;
- d) se le informazioni non possono essere fornite completamente a causa del mezzo utilizzato, devono rinviare ad una descrizione completa facilmente reperibile in forma scritta, per esempio presso un punto vendita o sul web, oppure devono rinviare ad un numero di assistenza che le fornisca gratuitamente.

²⁷⁴ AGCOM, Delibera n.417/01/CONS.

In questo quadro deve introdursi la consapevolezza che la contrattazione dell'accesso ad Internet risulta varia e multiforme a causa delle diverse modalità di conclusione del rapporto contrattuale. Esse possono consistere, infatti, come si è fatto più volte emergere in rapporti:

- *face to face*, i quali seguono la disciplina classica contenuta nel codice civile;
- a distanza, per via telefonica o Internet, che seguono invece la disciplina del codice del consumo, del d.lgs.n.70/2003 e della delibera dell'AGCOM n.664/06/CONS.

Necessita, subito, rilevare che quest'ultimo decreto è richiamato ben due volte nel Codice del consumo:

- 1) nell'art. 52, comma 3, rubricato "informazioni al consumatore", che recita: "in caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista, l'identità del professionista e lo scopo della telefonata devono essere dichiarati all'inizio della conversazione a pena di nullità del contratto. In caso di utilizzo di posta elettronica si applica la disciplina prevista dall'art.9 d.lgs. 70/2003";
- 2) nell'ultimo comma dell'art.52 che statuisce: "in caso di commercio elettronico gli obblighi informativi dovuti dal professionista vanno integrati con le informazioni previste dall'art. 12 del d.lgs. 70/2003".

L'art.70 deve essere, quindi, integrato con l'art.52 del codice comunicazioni elettroniche e con l'art.12 del d.lgs. 70/2003.

L'art. 52 contiene alcune ripetizioni rispetto all'art. 70, codice comunicazioni elettroniche e alcuni elementi di novità:

- l'identità del fornitore e il suo indirizzo;

Il contratto di accesso ad Internet

- le caratteristiche essenziali del bene e del servizio;
- il prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse o le imposte;
- le modalità di pagamento, della consegna del bene o della prestazione del servizio e di ogni altra forma di esecuzione del contratto;
- l'esistenza del diritto di recesso;
- il costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base;
- la durata della validità dell'offerta e del prezzo;
- la durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.

Il "cerchio" sulle informazioni si chiude con quelle previste all'art.12, d.lgs. 70/2003 che impone al professionista di dare le informazioni che riguardano:

- le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto;
- il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso;
- i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore;
- gli eventuali codici di condotta a cui aderisce e come aderirvi per via telematica;
- le lingue a disposizioni del contratto oltre all'italiano;
- l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie.

Individuate le informazioni, dobbiamo delineare i termini e le modalità di trasmissioni di queste informazioni.

Quanto al primo di tali profili, la disciplina sui contratti a distanza, confluita nel Codice del consumo, prevede che il consumatore debba ricevere le informazioni, in tempo utile prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza. Il d.lgs.70/2003, invece, indica un termine diverso e volendo più preciso: prima dell'inoltro dell'ordine. Così, quello prospettato dal decreto in esame sembra un termine precedente alla conclusione del contratto, rispetto a quella del codice del consumo che invece appare successiva. Guardando unicamente a queste due disposizioni normative, si può affermare che questa scelta di privilegiare il decreto 70 appare coerente con il tipo di informazioni che il professionista deve fornire, che riguardano proprio la dinamica e la procedura negoziale.

Una delibera dell'AGCOM²⁷⁵, però, prevede un termine ulteriore e diverso: le informazioni necessarie per esercitare una scelta consapevole devono essere fornite all'utente in ogni momento in cui c'è un'esigenza informativa da parte dell'utente. In pratica, le informazioni devono essere disponibili al pubblico anche a prescindere dalla conclusione di un contratto, perché la trasparenza è importante sin dalla scelta dell'operatore o del servizio e per individuare l'offerta più adatta alle proprie esigenze. Guardando a questa disposizione, però, si può affermare che le norme del Codice delle Comunicazioni elettroniche sono considerate speciali per questo settore, quindi, se necessario, prevalgono sulle altre norme. Quindi, quest'ultimo potrebbe essere preso come termine di riferimento, anche se un po' generico.

²⁷⁵ Delibera n.417/01/CONS.

Nel settore delle comunicazioni elettroniche, inoltre, l'utente deve poter avere tutte le informazioni utili a comprendere al meglio il servizio, il suo funzionamento, anche sotto il profilo della qualità, in maniera tale da poterli comparare sulla qualità dei servizi²⁷⁶.

L'Autorità, guardando alla sola connettività da postazione fissa, ha emanato la delibera 131/06/CSP²⁷⁷, attraverso la quale viene imposto agli *Internet service providers* di rendere pubblica una carta della qualità dei servizi Internet concessi.

La Carta dei servizi è un documento che ogni operatore è tenuto ad adottare per dare informazione agli utenti sui servizi offerti, sulle modalità per utilizzarli, sui diritti e obblighi generali del rapporto e sulla qualità che s'impegna a raggiungere.

Deve essere disponibile prima della conclusione del contratto, quindi distribuita nei punti vendita dei singoli *providers*, pubblicata sul *web* e comunque sempre annessa al documento contrattuale.

Mentre il contratto contiene generalmente una disciplina dettagliata dei diritti e obblighi scaturenti dal singolo rapporto, la Carta dei Servizi dovrebbe essere un

²⁷⁶ Cfr. art.70, comma 2 del Cod. com.el., che sancisce che "l'autorità vigila sull'applicazione di quanto disposto ai fini di cui al comma 1 e può estendere gli obblighi di cui al medesimo comma affinché sussistano anche nei confronti di altri utenti finali". Si veda anche l'art.72 del medesimo codice: "L'Autorità (...) può prescrivere alle imprese fornitrici di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico di pubblicare, a uso degli utenti finali, informazioni comparabili, adeguate e aggiornate sulla qualità dei servizi offerti (...). 2. L'Autorità precisa, tra l'altro, i parametri di qualità del servizio da misurare, nonché il contenuto, la forma e le modalità della pubblicazione, per garantire che gli utenti finali abbiano accesso ad informazioni complete, comparabili e di facile consultazione (...)"

²⁷⁷ Questa delibera fa parte di una serie di norme che regola i principi sull'erogazione dei servizi pubblici a tutela delle esigenze dei cittadini. In particolare, la direttiva stabilisce che i rapporti tra utenti e servizi pubblici e l'accesso ai servizi pubblici devono essere uguali per tutti, e deve essere garantita la parità di trattamento, a parità di condizioni del servizio prestato, sia fra le diverse aree geografiche di utenza, anche quando le stesse non siano agevolmente raggiungibili, sia fra le diverse categorie o fasce di utenze.

documento informativo e trasparente, di facile e veloce consultazione, per conoscere l'operatore, il suo comportamento commerciale, i diritti riconosciuti ai clienti e la qualità dei servizi offerti.

La Carta dei Servizi di ogni operatore, oltre alle suddette informazioni, deve contenere in generale informazioni:

- sui servizi, con indicazione dei termini e modalità di erogazione e di pagamento, ivi comprese le somme richieste in caso di pagamento mancato o ritardato, pagamento, su eventuali limitazioni tecniche o norme particolari per certi tipi di servizi e sulle condizioni di recesso e di rinnovo;
- su come ottenere assistenza e presentare reclami nonché sugli indennizzi riconosciuti in caso di inadempimento;
- sulla possibilità di attivare strumenti di controllo della spesa o di limitazione dell'accesso (per esempio sui minori) e sulle forme di tutela, o di autotutela dell'operatore.

Naturalmente, gli operatori devono agire in base ad un principio di uguaglianza di trattamento degli utenti, prescindendo da differenza di sesso, razza, lingua, religione e opinione politiche. Potenziali differenze nel trattamento potrebbero essere ravvisate soltanto se necessarie a rendere disponibile l'accesso a soggetti disabili o anziani o ad abbattere barriere alla comunicazione²⁷⁸.

²⁷⁸ AGCOM, Delibera n.179/03/CSP - "Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della Legge 31 luglio 1997, n. 249", Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 193 del 21 agosto 2003 - art. 3 (Principi fondamentali): "1. Gli organismi di telecomunicazioni assicurano l'eguaglianza di trattamento degli utenti, prescindendo da differenze di sesso, razza, lingua, religione e opinioni politiche tra gli utenti medesimi. 2. Fatti salvi gli obblighi di servizio universale, gli organismi di telecomunicazione indicano agli utenti eventuali misure atte a favorire ogni forma di fruizione differenziata tesa a realizzare condizioni di parità di accesso ed eguaglianza d'uso dei servizi di telecomunicazioni ai disabili ed agli anziani nonché

Naturalmente, al pari del contratto, la Carta dei Servizi è vincolante per gli operatori ed è dunque parte integrante della disciplina del rapporto. Quindi entrambe le “carte” costituiscono il riferimento per ogni informazione, obbligo e diritto che l’utente voglia conoscere o far valere.

Nel caso in cui il contratto di accesso ad Internet sia concluso tramite il mezzo telefonico, all’inizio di ogni conversazione devono essere date le informazioni sull’operatore e anche il nome e cognome dell’addetto con cui si parla, evidenziando lo scopo commerciale della conservazione. Inoltre, se un consumatore decidesse di concludere un contratto via telefono, perchè, ad esempio contattato dal *Call Center* del *provider*, l’accordo si conclude direttamente al telefono con lo scambio del consenso tra le parti. Però, una

a favorire l’eliminazione delle barriere alla comunicazione. Tali misure possono prevedere facilitazioni quali tempi ridotti e priorità nell’attivazione dei servizi e nell’attuazione delle modifiche contrattuali e tecniche richieste nonché servizi di assistenza clienti adeguati alle esigenze di questo tipo di utenti. Gli organismi di telecomunicazione agevolano l’attività propositiva delle associazioni di categoria interessate. 3. I comportamenti degli organismi di telecomunicazioni nei confronti degli utenti si ispirano a criteri di obiettività, giustizia ed imparzialità. Le clausole delle condizioni generali e specifiche di fornitura del servizio e delle norme regolatrici di settore si interpretano in funzione di tale obbligo. 4. I servizi sono offerti dagli organismi di telecomunicazioni in modo regolare, continuo e senza interruzioni, ad eccezione di quelle dovute ad interventi di manutenzione e riparazione. Ogni organismo di telecomunicazioni è tenuto ad informare in anticipo e con mezzi adeguati gli utenti degli interventi programmati di manutenzione che comportino interruzioni complete del servizio, con specifica indicazione della durata presumibile dell’interruzione e del punto di contatto, facilmente accessibile, per ottenere assistenza e più dettagliate notizie. In caso di intervento presso la sede dell’abbonato sono concordati la data e l’orario ed il tecnico incaricato dovrà essere munito di apposito tesserino di riconoscimento. 5. In ottemperanza al principio del diritto di scelta, la stipula del contratto di fornitura del servizio, il recesso, le variazioni contrattuali per includere od escludere la fornitura di un servizio supplementare o di altre prestazioni aggiuntive sono resi ugualmente accessibili e praticabili, attraverso procedure semplici, chiare, ed equilibrate. 6. L’organismo di telecomunicazioni garantisce che ciascun utente possa esercitare il diritto di accesso alle informazioni che lo riguardano in possesso dell’organismo medesimo, nonché i diritti dell’interessato nel trattamento dei dati di cui alla legge 31 dicembre 1996, n.675. 6. Per migliorare la fornitura del servizio, ciascun utente o associazione di consumatori può produrre documenti, prospettare osservazioni, formulare suggerimenti cui gli organismi di telecomunicazioni si impegnano a fornire tempestivo riscontro. 7. Gli organismi di telecomunicazioni perseguono il miglioramento progressivo dell’efficacia e dell’efficienza dei servizi, attraverso l’adozione delle soluzioni tecnologiche, organizzative, contabili e procedurali più idonee allo scopo.”

volta concluso l'accordo, all'utente deve essere dato il numero identificativo della pratica e i recapiti a cui rivolgersi per ulteriori informazioni²⁷⁹.

Attraverso questa pratica, si potrebbe porre il problema della dimostrazione dell'accordo, dei suoi contenuti e della reale volontà dell'utente di aderire alla proposta contrattuale del *provider*.

È prassi che gli operatori del *call center* dopo l'accordo telefonico spediscono a domicilio il contratto chiedendo la restituzione di una copia firmata. Dal momento che questa è solo una prassi e non un obbligo per i *providers*, l'AGCOM, con la propria normativa ha preteso quantomeno la registrazione dell'accordo telefonico, come prova dell'esistenza del contratto²⁸⁰. Le norme dell'Autorità, inoltre, prevedono che il consenso informato dell'utente possa risultare dalla registrazione integrale della telefonata purché, entro l'attivazione del servizio, l'operatore invii all'utente un modulo di conferma che deve contenere tutte le informazioni sopra indicate, le informazioni sul diritto di

²⁷⁹ AGCOM, Delibera n. 664/06/CONS – Regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza- art. 2, comma 3: "In caso di proposta, a mezzo del telefono, di fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica l'addetto dipendente dall'operatore, o da società esterna da quest'ultimo incaricata, deve comunicare, all'inizio di ogni conversazione, il nominativo della società per conto della quale avviene il contatto telefonico, lo scopo del contatto telefonico e il proprio nome e cognome. Al termine del contatto telefonico l'addetto deve comunicare nuovamente il nominativo della società e il proprio nome e cognome". Se il titolare dell'utenza telefonica ha manifestato la volontà di concludere il contratto, l'addetto deve altresì comunicare, al termine della conversazione, il numero identificativo della pratica e i recapiti ai quali il cliente può rivolgersi per ulteriori informazioni."

²⁸⁰ AGCOM, Delibera 664/06/CONS, ART. 2, comma 5: "La volontà inequivoca del titolare dell'utenza telefonica di concludere il contratto deve risultare da un modulo ovvero altro documento contrattuale, anche elettronico, recante la data e l'ora dell'avvenuto accordo e la relativa sottoscrizione del titolare dell'utenza telefonica. Se è utilizzata la comunicazione telefonica, l'adempimento degli obblighi informativi di cui ai commi 1, 2, 3 e 4, e il consenso informato del titolare dell'utenza telefonica possono risultare dalla registrazione integrale della conversazione telefonica, previo consenso dell'interessato alla registrazione, sempre che l'operatore abbia adempiuto anche gli oneri di cui al comma seguente".

recesso e su come opporsi alla fornitura nel caso in cui il servizio non sia stato richiesto²⁸¹.

4.4 Clausole abusive nei contratti di accesso ad Internet: principali snodi critici

Le problematiche collegate alla possibile vessatorietà delle clausole derivano anzitutto dalla natura dei contratti di accesso, che si configurano come contratti per adesione. Le incertezze potrebbero, quindi, derivare dalla natura tecnica del mezzo utilizzato per la conclusione del contratto.

Altro fattore problematico consegue al tecnicismo della materia che abbraccia l'intera formazione del contratto di accesso ad Internet, legato all'innovazione della tecnologia e alla diffusione delle infrastrutture di connessione.

Per quanto riguarda il primo aspetto, non si può non tenere in considerazione che i contratti di accesso ad Internet vengono predisposti, nella maggior parte

²⁸¹ AGCOM, Delibera n.664/06/CONS, ART.2, comma 6: “Prima o al più tardi al momento dell’inizio dell’esecuzione del contratto di fornitura di beni o servizi di comunicazione elettronica concluso a distanza, il titolare dell’utenza telefonica deve ricevere un apposito modulo di conferma del contratto, contenente tutte le informazioni elencate al comma 1 e all’articolo 53 Codice del consumo. Con il medesimo modulo, l’operatore comunica al titolare dell’utenza telefonica che, ove ritenga che il servizio non sia stato da lui richiesto, può proporre opposizione, a mezzo di fax o di posta elettronica, ai recapiti indicati nella stessa informativa, ferma restando la sua facoltà di opporsi in ogni tempo e con qualsiasi mezzo ad una fornitura non richiesta ai sensi dell’art. 3 e dall’art. 57 del Codice del consumo”; e ART. 6 : Le controversie tra operatori e utenti in merito alla fornitura di beni e servizi di comunicazioni elettroniche sono risolte ai sensi della delibera n. 182/02/CONS e successive modificazioni e integrazioni. 2. Nei procedimenti non giurisdizionali di risoluzione delle controversie relative alla conclusione di un contratto a distanza di fornitura di beni o servizi di comunicazioni elettroniche, l’operatore può fornire prova dell’avvenuta conclusione del contratto solo dimostrando di aver adempiuto gli obblighi di cui all’art. 2, commi 5, 6 e 7. L’utente può comunque provare con ogni mezzo la mancata conclusione del contratto.

dei casi con il mezzo telematico o via telefono²⁸², rendendo difficile o quasi impossibile per il contraente debole poter contrattare le clausole presunte vessatorie *ex art.33 cod. cons.*

Per la conclusione del contratto di accesso tramite canale telematico, la vessatorietà *ex art.33 cod. cons.*, secondo un'opinione, potrebbe essere superata applicando l'art.1341 del cod. civ., in quanto la doppia sottoscrizione, che per analogia corrisponderebbe al doppio *click*, costituirebbe in sé prova della trattativa diretta. In proposito può essere citata la pronuncia di un Giudice di Pace²⁸³, che muovendo da tale analogia, ha affermato che il doppio *click* sostituirebbe la doppia sottoscrizione. Il giudice ha affrontato il problema del valore giuridico dell'accettazione di clausole vessatorie mediante un tasto negoziale virtuale che non si riferisca specificatamente alla clausola vessatoria. Il caso riguardava un'azienda che aveva acquistato telematicamente in Internet materiali informatici, che aveva pagato con contrassegno al corriere al momento della consegna delle merci. Tuttavia, all'atto di questa il venditore aveva ommesso di consegnare un *computer* acquistato. Il giudicante ha riconosciuto forza vincolante al consenso prestato dalle parti tramite Web ed ha

²⁸² I contratti via telefono si configurano come contratti conclusi fuori dai locali commerciali e non come contratti a distanza. Il legislatore ha individuato, nell'art.51, del cod. cons. alcune categorie contrattuali che sono escluse dalla contrattazione a distanza:

- i contratti relativi ai servizi finanziari;
 - i contratti conclusi tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati;
 - i contratti conclusi con gli operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici.
- Nel caso di utilizzo di telefoni pubblici il motivo dell'esclusione è stato dato dal Consiglio CE (in sede di osservazioni allegate alla posizione comune CE 19/1995, definita dal Consiglio il 29.6.1995, in G.U.C..E., C288, 30.10.1995) con il carattere istantaneo del contratto relativo all'uso di tali apparecchi.
- i contratti relativi alla costruzione e alla vendita o ad altri diritti relativi a beni immobili, con esclusione della locazione.
 - contratti conclusi in occasione di vendita all'asta.

²⁸³ Giudice di Pace di Partanna, 1 febbraio 2002, n.15, in <http://www.ipsoa.it>, 2002.

provveduto a qualificare tale negozio come contratto per adesione, con la conseguenza che le clausole vessatorie contenute nel contratto per adesione, aggravando la posizione contrattuale del contraente debole, necessitavano di una distinta approvazione da prestarsi mediante specifica sottoscrizione, così come disposto dall'art.1341, comma 2 del cod. civ. Quindi, la decisione non ha ritenuto di dover accogliere le ragioni del venditore, secondo il quale la conferma dell'ordine d'acquisto avrebbe comportato anche l'accettazione incondizionata di tutte le condizioni generali di contratto predisposte, compresa quindi anche quella contestata riguardante la deroga al tribunale territoriale.

Il Giudice di Pace ha sottolineato che la clausola derogativa della competenza, della quale specificamente si discuteva, al pari delle clausole vessatorie, è efficace solo se riceve un'approvazione apposita per iscritto. In questo specifico caso, invece, le condizioni di vendita venivano accettate dalla società compratrice attraverso il tasto negoziale di inoltro dell'ordine.

Questa decisione si pone in linea con la Suprema Corte di Cassazione²⁸⁴ che ha affermato: “non è idonea a integrare il requisito della specifica approvazione per iscritto, prevista dall'art. 1341, comma 2, cod.civ. l'approvazione della clausola di deroga convenzionale del foro, contenuta nella sottoscrizione complessiva di altre clausole contenenti condizioni generali di contratto, perché è necessario che essa sia specifica e separata, così da richiamare l'attenzione del sottoscrittore su di essa, ancorchè non sia necessaria la ripetizione del suo contenuto”.

²⁸⁴ Cass., 14 giugno 1999, n.5832, in *Ced. Cass.*

Inoltre, va evidenziato che da nessun documento risultava che “la parte attrice aveva dichiarato di aver preso visione delle clausole contenute nel contratto e che le aveva tutte approvate. Infatti, quella pubblicata sul *Web* dalla società venditrice doveva essere considerata un invito a contrarre. Tali inviti possono poi essere perfezionati con mezzi tradizionali (fax e lettere) in modo che possa essere valutata la provenienza delle richieste e si possano sottoscrivere le clausole di deroga al foro competente o alla legge applicabile. Il giudice, così, ritiene che nella fattispecie in esame la società venditrice avrebbe dovuto ottenere un doppio assenso, premendo sull'apposito tasto: uno di adesione e l'altro di approvazione delle clausole cosiddette vessatorie, tra le quali va annoverata quella relativa alla deroga sul foro territoriale competente”.

Per quanto riguarda il tecnicismo tipico del rapporto contrattuale nascente tra l'utente e l'*Internet service provider*, esso potrebbe generare vessatorietà sotto diversi aspetti:

1. Formazione del contratto: assume grande rilievo il procedimento di formazione del contratto, altamente condizionato dalle nuove tecnologie. A volte, soprattutto per quel che concerne la connessione a banda larga, i contratti in esame prevedono la subordinazione del perfezionamento del contratto ad una verifica di fattibilità tecnica²⁸⁵ e, quando riguarda servizi che prevedono la presenza di una connessione fornita da altro operatore, i contratti sono subordinati all'abilitazione alla connessione da parte di

²⁸⁵ Art. 3, Condizioni generali di contratto Telecom Italia.: “Il Contratto si considera perfezionato al momento dell'attivazione, da parte di Telecom Italia, del Servizio nella soluzione prescelta dal Cliente; l'attivazione sarà successiva alle verifiche di fattibilità tecnica”.

quest'ultimo²⁸⁶. Inoltre, è anche presente nelle condizioni generali dei moduli contrattuali la previsione, vessatoria ex art.33, comma 2, lett.t) del cod. cons., che restringe la libertà contrattuale del consumatore nei rapporti con terzi, prevedendo che il consumatore-utente, per avvalersi delle prestazioni di Internet debba essere abbonato al servizio di telefonia fissa offerto dallo stesso operatore²⁸⁷. Inoltre, lo schema proposta-accettazione nei contratti di accesso ad Internet risulta generalmente invertito, facendo apparire il consumatore come mero proponente²⁸⁸, la cui proposta potrebbe essere accettata o meno dall'operatore. Così, il consumatore incardina la figura del soggetto che formula una proposta irrevocabile di contratto ai sensi degli artt. 1329 e 1331 cod. civ., con la conseguenza che si obbliga immediatamente alla sua proposta e al professionista viene, invece, riservato il diritto potestativo di concludere o meno il contratto. Ciò può considerarsi vessatorio se si fa dipendere il perfezionamento del contratto dalla discrezione del proponente, configurandosi l'ipotesi di cui all'art.33, comma 2, lett. d), cod. cons., di un obbligo definitivo del consumatore

²⁸⁶ Art.7, Condizioni generali di contratto Telecom Italia: "Il cliente riconosce ed accetta il fatto che, nell'ambito dei servizi, il servizio di accesso ad Internet con tecnologia Adsl sarà attivato nel momento in cui si saranno verificate le circostanze di seguito indicate: [...] i) abilitazione da Telecom Italia (ed eventualmente da altri operatori) della linea telefonica del Cliente alla connessione con tecnologia Adsl".

²⁸⁷ Art.3.1, Condizioni generali di contratto TeleTu: Condizione necessaria per l'attivazione dei Servizi è che il Cliente sia abbonato al servizio di telefonia fissa offerto da Tele2".

²⁸⁸ Art.2.1, Condizioni generali di contratto Infostrada: "Il Cliente richiede a Libero il Servizio mediante la compilazione del modulo contrattuale previa accettazione delle presenti Condizioni contrattuali. Tale richiesta costituirà una Proposta contrattuale".

Art.3.1, Condizioni generali di contratto Fastweb: "Il cliente potrà richiedere i Servizi tramite consegna della Proposta, datata e sottoscritta, al funzionario di vendita incaricato da Fastweb ovvero, su richiesta di Fastweb, mediante il suo invio a Fastweb tramite raccomandata a/r o busta preaffrancata, ove disponibile, eventualmente anticipandola via fax o tramite accesso al sito o altro canale preposto. Tale consegna, od invio, varrà come proposta di conclusione del Contratto".

proponente contro un obbligo non altrettanto definitivo da parte del professionista²⁸⁹. Infine, sembra vessatoria la previsione che il consumatore effettui il pagamento dei servizi di cui abbia usufruito in attesa dell'accettazione del professionista, senza che quest'ultimo sia obbligato a corrispondere una somma pari al doppio del guadagno che ha conseguito se non perfeziona il contratto²⁹⁰. Ciò sarebbe iniquo guardando all'art.33,

²⁸⁹ Art.3.3, Condizioni generali di contratto Fastweb: Fastweb, in nome e per conto proprio ed in nome e per conto di e.BisMedia e Rai Click, potrà valutare di non concludere il Contratto nei seguenti casi:

- a) se il Cliente risulti essere stato inadempiente nei confronti di Fastweb e/o e.BisMedia e/o di Rai Click in relazione a precedenti rapporti contrattuali;
- b) se il Cliente non fornisca prova adeguata della propria identità, del proprio domicilio o residenza o, se del caso, della propria qualità di rappresentante e/o mandatario di un altro soggetto e dei relativi poteri;
- c) se il Cliente non fornisca, ove richiesto, le garanzie previste dal successivo art.21;
- d) se il cliente risulti iscritto nel registro dei protesti o soggetto a procedure esecutive;
- e) se il Cliente presenti istanza o sia assoggettato a procedure concorsuali;
- f) se sussistano motivi tecnico-organizzativi e/o dipendenti della Pubblica Amministrazione, che impediscano o ostacolino in misura rilevante l'attivazione dei Servizi ovvero qualora dall'analisi di fattibilità tecnica emerga l'impossibilità di fornire il Servizio richiesto.

Art. 2.3, Condizioni generali di contratto Infostrada: "Libero (Infostrada) potrà valutare di non concludere il Contratto e di non dare seguito all'attivazione ed erogazione del servizio nei seguenti casi:

- il Cliente è o è stato inadempiente nei confronti di LIBERO;
- il Cliente risulta iscritto al registro dei protesti o soggetto a procedure esecutive;
- per motivi tecnico-organizzativi che LIBERO specificherà per iscritto nella dichiarazione di rifiuto.

²⁹⁰ Art. 4.4, Condizioni generali di contratto TeleTu: "In entrate le ipotesi di cui ai punti i) e ii) del precedente articolo 4.3, l'Azienda si riserva in ogni caso il diritto di richiedere al Cliente, nel termine da essa indicato, l'invio a mezzo posta o fax, ai recapiti indicati da Tele2, del modulo di accettazione delle presenti condizioni generali di contratto (stampate dal sito <http://www.tele2.it> o comunque ricevute da Tele2) debitamente compilato e sottoscritto in ogni sua parte. Qualora Tele2 abbia richiesto al Cliente l'invio del predetto modulo di accettazione delle presenti condizioni generali di contratto ai sensi del presente punto 4.3 e il Cliente non vi abbia provveduto nel termine indicato da Tele2, quest'ultima si riserva di sospendere i Servizi, nel caso in cui gli stessi siano già stati attivati, fino al ricevimento del predetto modulo di accettazione debitamente compilato e sottoscritto. Resta in ogni caso l'obbligo del Cliente di corrispondere a Tele2 quanto dovuto a fronte dell'utilizzo dei Servizi fino al momento in cui questi verranno sospesi da tele2".

Art.2.2, Condizioni generali di contratto Tiscali: "Tiscali si riserva il diritto di richiedere che il Cliente confermi per iscritto o su altro supporto duraturo a lui accessibile, nel termine indicato, la proposta inviata per via telematica o telefonica, compilando l'apposito modulo, o eventualmente comunicando la propria volontà per posta, tramite telefax o attraverso ulteriori mezzi telematici ai recapiti indicati da Tiscali. Qualora il Servizio sia stato attivato prima della ricezione della conferma del Cliente, Tiscali avrà facoltà di sospenderlo in ogni tempo fino alla

comma 2, lett.e) cod. cons., che sancisce che è vessatoria la clausola che consenta “al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest’ultimo non conclude il contratto o recedere da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest’ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere”.

2. Cessione del contratto: per i consumatori la cessione è vietata²⁹¹ o comunque il consumatore deve prima chiedere l’autorizzazione alla cessione all’operatore, mentre è previsto che quest’ultimo possa cedere il contratto senza dover chiedere il consenso del consumatore, dandogliene semplice comunicazione ad avvenuta cessione. Se il cliente cede il contratto viene considerato fideiussore del cessionario, ciò però non è altrettanto vero nell’ipotesi in cui sia il professionista a cedere il contratto a terzi²⁹². Questa clausola crea squilibrio tra le parti, non solo in virtù dell’art.

ricezione della conferma, salvi ed impregiudicati i diritti di Tiscali di conseguire il pagamento del Servizio erogato per il tempo in cui il Cliente ne avrà usufruito”. Cfr. Camera di commercio Milano, *“La conformità dei contratti d’accesso ad Internet a banda larga”*, cit., pp.20-21.

²⁹¹ Art.18.6 all.2, Condizioni generali di contratto Kilik: “Il Cliente non potrà cedere il presente contratto se non previo consenso scritto. Si vieta in modo pressoché assoluto la cessione del contratto da parte del cliente a terzi”: Camera di Commercio di Milano, *“La conformità dei contratti d’accesso ad Internet a banda larga”*, cit. p. 23.

²⁹² Art.15 all.14, Condizioni generali di contratto Kilik: “Il Cliente non potrà cedere, in tutto o in parte, il presente contratto senza autorizzazione scritta della Kilik. Qualora Klik consentisse la cessione, il Cliente si costituirà fideiussore, obbligandosi personalmente per il regolare adempimento. Qualora Klik consentisse la cessione, il Cliente si costituirà fideiussore, obbligandosi personalmente per il regolare adempimento del contratto da parte del cessionario. Klik avrà il diritto di cedere a terzi il presente contratto o parte di esso in qualsiasi momento impegnandosi a comunicare l’avvenuta cessione in forma scritta al cliente”.

Art. 14 all.15, Condizioni generali di contratto Klik: “Il cliente non potrà cedere, in tutto o in parte, la presente richiesta di adesione senza autorizzazione scritta di Klik. Qualora Klik consentisse la cessione, il Cliente si costituirà fideiussore, obbligandosi personalmente per il regolare adempimento della Richiesta di adesione da parte del cessionario. Klik avrà il diritto di cedere a terzi la presente Richiesta di adesione da parte del cessionario. Klik avrà il diritto di cedere a terzi la presente Richiesta di adesione o parte di esso in qualsiasi momento

33, comma 1 cod. cons., per l'assoluta libertà di cessione del contratto da parte del professionista, ma anche assumendo come riferimento l'art. 33, comma 2, lett. t), cod. cons.²⁹³, perché limita arbitrariamente la libertà del consumatore. Oltre a ciò, non si può non sottolineare che in caso di cessione di contratto non si prevede nulla circa la continuazione dell'erogazione del servizio secondo gli *standard* qualitativi e le condizioni del cedente. Questo potrebbe ricadere nella previsione dell'art.33, comma 2, lett. s) cod. cons., che considera vessatorie le clausole che consentono "al professionista di sostituire a sè un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo".

3. Risoluzione: i contratti di accesso ad Internet di solito contengono clausole risolutive espresse a tutela del professionista²⁹⁴ e non del consumatore.

impegnandosi a comunicare l'avvenuta cessione in forma scritta al cliente." Camera di Commercio, *"La conformità dei contratti d'accesso ad Internet a banda larga"*, cit., pp.23-24.

²⁹³ Art. 33, 2 comma, lett.t), Condizioni generali di contratto Klik: "sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi".

²⁹⁴ Art. 13, rubricato "Clausola risolutiva espressa" (condizioni generali di contratto Telecom Italia): "Il presente Contratto sarà risolto ai sensi dell'art.1456 cod.civ., previa comunicazione scritta e fatte salve in ogni caso le azioni di rivalsa e risarcimento per danni subiti, con conseguente interruzione dei Servizi, nel caso di inadempimento del Cliente alle obbligazioni di cui agli articoli 4.1 Autorizzazione del titolare- Maggiore età; Utilizzo dei Servizi da parte del Cliente; Obbligo del Cliente di limitare gli eventuali danni; 10. Corrispettivi-Fatturazione-Pagamenti; 14. Cessione delle Condizioni Generali di Contratto; 24. Requisiti minimi da parte del Cliente ai fini del servizio di accesso alla rete Internet con tecnologia ADSL; 27. Modem-Noleggio; 28. Garanzie, regole di condotta e responsabilità del Cliente.

Art. 22, rubricato "Risoluzione del contratto e Condizione Risolutiva", Condizioni generali di contratto Fastweb: "Impregiudicata ogni altra ipotesi di risoluzione prevista dal Contratto o dalla legge, Fastweb e/o Rai Click potranno risolvere il Contratto:

- a) nel caso in cui il Cliente sia sottoposto a procedura fallimentare o ad altra procedura concorsuale;
- b) nel caso in cui la prestazione dei Servizi sia sospesa a causa del mancato pagamento dei corrispettivi dovuti dal cliente, Fastweb e/Rai Click, trascorsi quindici giorni dalla suddetta sospensione, si riservano la facoltà di risolvere immediatamente il Contratto

Questo potrebbe raffigurare uno squilibrio notevole tra le parti, tale da integrare la previsione dell'art. 33, comma 2, lett.) b), cod. cons.: “escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista”. Il *provider* potrebbe sciogliere il contratto in ogni momento senza preavviso, interrompendo la fornitura del servizio, in caso di violazioni delle condizioni generali e di altre ipotesi previste dal contratto. Questo a fronte di una procedura di messa in mora alquanto macchinosa per l'esercizio del medesimo diritto da parte dell'abbonato²⁹⁵. In questo caso, il consumatore non avrebbe la possibilità di far valere l'eventuale non gravità del suo inadempimento.

4. Clausole di esclusione o limitazione della responsabilità: sembra di notevole importanza ai fini dell'accertamento della vessatorietà l'analisi dello squilibrio che potrebbe sorgere per la seguente circostanza: mentre, generalmente, viene fatto valere il diritto dell'operatore al risarcimento del maggior danno, simile ipotesi non viene prevista per i consumatori, ai quali viene prospettata una rigida quantificazione del risarcimento²⁹⁶ o ai

ai sensi dell'art.1456 cod.civ., dandone comunicazione scritta al Cliente, restando in ogni caso salvo il diritto alla riscossione dei corrispettivi dovuti dal Cliente ed il risarcimento del maggior danno”.

²⁹⁵ Va, in ogni caso segnalato, che nelle sue nuove condizioni contrattuali Tiscali oggi prevede anche per l'abbonato il diritto di recedere anche prima della conclusione del contratto.

²⁹⁶ Ad esempio, una somma per ogni giorno di ritardo nella riparazione di un guasto. Art. 33, Condizioni generali di contratto Telecom Italia: “Telecom Italia riparerà gratuitamente i malfunzionamenti del Servizio non imputabile direttamente o indirettamente ai Clienti entro i 2 (due) giorni lavorativi successivi alla segnalazione del guasto. Nel caso in cui uno dei due giorni successivi alla segnalazione sia un giorno festivo (domenica o festività annuale) il guasto sarà riparato entro il terzo il terzo giorno successivo alla segnalazione. Qualora siano festivi entrambi i giorni successivi alla segnalazione il guasto sarà riparato entro il quarto giorno successivo alla segnalazione. Fanno eccezione i guasti di particolare complessità che verranno tempestivamente riparati. Nel caso di ritardo imputabile a Telecom Italia, rispetto al

quali viene imposto un tetto massimo per il risarcimento²⁹⁷. Queste clausole integrano diverse ipotesi di vessatori età, per contrasto con l'art. 33, comma 2, lett. b), cod. cons., perché configurano un'ipotesi di limitazione dei diritti del consumatori riguardo al *quantum* rivendicabile in caso di inadempimento o inesatto adempimento da parte del professionista; l'art.33, comma 2, lett. t), cod. cons.: “sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere”. Ciò appare vessatorio perché il consumatore non ha la facoltà di provare in giudizio i danni effettivamente subiti. Inoltre, appaiono vessatorie le clausole che presuppongono diversi regimi di responsabilità tra consumatore e professionista. Solitamente, la responsabilità del primo viene aggravata rispetto a quella prevista per il *provider*. Per quanto riguarda la responsabilità del professionista, a volte viene del tutto esclusa per l'interruzione del servizio o altri inadempimenti²⁹⁸ o tutt'al più viene ammessa in relazione solo alla colpa

tempo massimo di riparazione, quest'ultima corrisponderà, su richiesta del Cliente, un indennizzo pari a 5 (cinque) euro per ogni giorno lavorativo di ritardo, per i Servizi con connettività *flat/semiflat*, fino ad un massimo di 100 (cento) euro e un indennizzo pari a 2 euro per ogni giorno lavorativo di ritardo, per i servizi con connettività a consumo, fino ad un massimo di 40 euro. Tale importo verrà accreditato sul primo Conto Telecom Italia utile”; ma non è espressamente menzionata la possibilità per il consumatore di richiedere il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno qualora il ritardo nella riparazione del guasto abbia provocato, all'utente, un maggior pregiudizio.

²⁹⁷ Art.12.3, rubricato Responsabilità per i servizi, Condizioni generali di contratto Fastweb: “Fermo restando quanto sopra, le Parti convengono che Fastweb e/o e.BisMedia e/o Rai Click non saranno in alcun caso tenute a risarcire danni per importi superiori al corrispettivo annuale relativo al Servizio che ha dato origine al danno, salve le previsioni inderogabili di legge”.

²⁹⁸ Art. 11.3 all.9, Condizioni generali di contratto TeleTu: “Il Cliente riconosce ed accetta che l'effettiva velocità del collegamento Adsl dipende dal grado di congestione della rete, dalla qualità della rete d'accesso e dell'impianto telefonico del cliente. TeleTu non è pertanto in grado di garantire l'effettivo raggiungimento della velocità nominale”. Il professionista,

lieve²⁹⁹. Al consumatore-utente viene, invece, accolto il risarcimento per qualsiasi danno, rientrante anche nelle ipotesi di colpa lieve o quando esso sia stato cagionato da terzi non autorizzati dal cliente all'uso del servizio³⁰⁰.

Queste clausole sono vessatorie per le seguenti disposizioni:

dunque, si esenta preventivamente da ogni responsabilità per il mancato raggiungimento della velocità nominale del collegamento Adsl”.

²⁹⁹ Art.11 all. 9 Condizioni generali di contratto TeleTu: “Tele2 non è responsabile per eventuali danni che il Cliente possa subire a causa dell'utilizzo dei Servizi, salvo dolo o colpa grave”;

Art.11.2 all.13, Condizioni generali di contratto Tiscali: “Tiscali non sarà responsabile verso il cliente, e verso i soggetti direttamente o indirettamente connessi al Cliente stesso e/o i terzi, per danni, perdite o costi subiti in conseguenza di o interruzioni del servizio a meno che direttamente imputabili a dolo o colpa grave di Tiscali”. Configurazione di ipotesi in cui il Professionista si esenta preventivamente da ogni responsabilità per eventuali danni al cliente o a terzi, tranne per dolo o colpa grave. (Camera di Commercio, “*La conformità dei contratti d'accesso ad Internet a banda larga*”, cit.).

Art. 31.5, rubricato “Servizio Internet”, Condizioni generali di contratto Fastweb: “Fastweb non sarà in alcun modo responsabile nei confronti del Cliente per i danni derivanti dalla mancata disponibilità dell'accesso alla rete Internet, a meno che tale evento non dipenda da dolo o colpa grave di Fastweb stessa”.

³⁰⁰ Art. 26.2, rubricato “Password, codice di identificazione e riservatezza in merito al servizio di accesso ad Internet con tecnologia Adsl”, Condizioni generali di contratto TeleTu: “L'accesso agli ulteriori Servizi del Portale avviene ugualmente tramite utilizzo di una parola chiave (*Password*) e di un codice di identificazione (Nome utente) scelti dal Cliente. Il Cliente è informato del fatto che la conoscenza da parte di terzi del Nome utente e della Password, di cui al presente punto 6.2, potrebbe consentire a questi ultimi l'indebito utilizzo degli ulteriori Servizi del Portale in nome del Cliente e l'accesso alla sua potestà elettronica. Il Cliente è pertanto tenuto a conservare sia il codice di identificazione che la Password con la massima diligenza e con la massima riservatezza, mantenendoli entrambi segreti per tutta la durata delle presenti condizioni generali di contratto. Il cliente sarà ritenuto esclusivo responsabile di qualsiasi danno e conseguenza pregiudizievole arrecati a Tele2 o a terzi in conseguenza della mancata osservanza di quanto previsto nel presente articolo. Tele2 non potrà in nessun caso essere chiamata a rispondere dei danni derivanti dal furto o dallo smarrimento della Password e/o del codice di identificazione di cui al precedente punto 6.2”.

Art.12.1 all.13, Condizioni generali di contratto Tiscali: “Il Cliente si impegna: a non utilizzare *User ID e Password* su linee telefoniche differenti rispetto a quella dove è stata richiesta l'attivazione del Servizio; a custodire con diligenza la propria *User ID E Password*, e ad impedirne l'uso a qualsiasi titolo da parte di terzi non autorizzati; ad informare tempestivamente Tiscali di qualsiasi fatto che renda tali dati conoscibili a terzi e di qualsiasi uso non autorizzato degli stessi facendosi carico di ogni responsabilità per le conseguenze e/o i danni causati dall'utilizzo del Servizio da parte di terzi tramite i codici d'accesso forniti da Tiscali al cliente. Il cliente adotterà inoltre ogni cautela affinché i Servizi Internet non siano in ogni caso utilizzati per effettuare comunicazioni o attività che cagionino danni o turbative all' funzionamento di sistemi informatici o telematici, ad operatori di telecomunicazioni, ad altri utenti in genere, ovvero per diffondere materiale diffamatorio, osceno o che, comunque, violi le leggi e regolamenti vigenti o diritti di terzi o sia, comunque, contrario al decoro.” Camera di Commercio, “*La conformità dei contratti d'accesso ad Internet a banda larga*”, cit.,

- Art.33, comma 2, lett.b), cod.cons., laddove escludono o limitano la responsabilità del professionista;
- Art. 33, comma 2, lett. b) e t), cod. cons., dove rivelano che il consumatore sia ritenuto responsabile per i danni a lui non imputabili o comunque non rientranti nella sua sfera di controllo, come tipicamente nel caso della sottrazione della *password* o più in generale della violazione da parte di estranei dei codici di accesso al servizio.

Meritano attenzione anche le clausole con cui l'operatore si esonera da responsabilità per disservizi derivanti da fatti a lui non addebitabili ed addebitabili ad altri operatori o al gestore della Rete³⁰¹. Tali clausole vengono giustificate dagli operatori sulla base di considerazioni tecniche, ma non tengono conto che il debitore, ai sensi dell'art. 1228 cod.civ., se si avvale dell'opera dei terzi nell'adempimento delle obbligazioni, risponde non solo del fatto proprio ma anche dei fatti, dolosi o colposi, delle persone della cui opera si giova. Quindi proprio per questo contrasto con

³⁰¹ Art. 7.3 all.9, Condizioni generali di contratto Tiscali: "Resta inteso che Tele2 non potrà in nessun caso essere chiamata a rispondere di eventuali ritardi o malfunzionamenti relativi all'attività di abilitazione e/o disattivazione della linea telefonica alla connessione con tecnologia Adsl, essendo dette attività di esclusiva competenza di Telecom Italia (o eventualmente di terzi operatori). Il cliente riconosce ed accetta altresì che l'attivazione dei Servizi è subordinata all'accettazione del relativo ordine di abilitazione della linea da parte di Telecom Italia; Tele2 pertanto non potrà essere chiamata a rispondere dell'eventuale mancata attivazione dei Servizi conseguente al rifiuto, da parte di Telecom Italia del predetto ordine. Tele2 non potrà altresì essere chiamata a rispondere dell'eventuale disabilitazione della linea telefonica alla connessione con tecnologia Adsl effettuata per qualsiasi ragione, da Telecom Italia indipendentemente da una richiesta in tal senso da parte di tele2."

Art. 6.10, "Attivazione dei servizi, dispositivi di accesso e apparecchiature", Condizioni generali di contratto Fastweb: "Poiché per l'attivazione dei Servizi Adsl è necessaria la collaborazione dell'operatore proprietario dell'infrastruttura di telecomunicazioni di accesso ed assegnatario della numerazione telefonica originaria, Fastweb non assume alcuna responsabilità per ritardi e/o disservizi causati da fatti imputabili o comunque dipendenti dall'operatore predetto."

una disposizione codicistica, le clausole in questione appaiono vessatorie ai sensi dell'art.33, comma 2, lett. b) e dell'art.36, lett. b) e c), cod. cons., essendo tese a limitare le azioni o i diritti dei consumatori nei confronti del professionista.

5. Garanzia di funzionamento e restituzione dei materiali forniti (*modem, router, apparecchi telefonici ecc.*): a volte le condizioni contrattuali fanno ricadere sul cliente, andando contro la disposizione dell'art. 130 Cod. cons., commi 1, 2, 3 e 6³⁰², le spese di spedizione dell'apparecchio difettoso anche durante il periodo di garanzia³⁰³. Altre volte, invece, il consumatore è chiamato a sottoscrivere un contratto di accesso utilizzando il mezzo telefonico, che permette al professionista di far accettare preventivamente clausole rientranti tra le condizioni generali di contratto e non le condizioni di noleggio degli apparecchi. Il consumatore prenderà visione di queste ultime solo in un secondo momento, ossia quando arriverà il contratto al domicilio indicato per il recapito della fatturazione del servizio³⁰⁴. Queste

³⁰² 1. Il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene. 2. In caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, a norma dei commi 3, 4, 5 e 6, ovvero ad una riduzione venditore di riparare il bene o di sostituirlo, senza spese in entrambi i casi, salvo che il rimedio richiesto sia oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso rispetto all'altro adeguato del prezzo o alla risoluzione del contratto, conformemente ai commi 7, 8 e 9. 3. Il consumatore può chiedere, a sua scelta, al venditore di riparare il bene o di sostituirlo, senza spese in entrambi i casi, salvo che il rimedio richiesto sia oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso rispetto all'altro. **6.** Le spese di cui ai commi 2 e 3 si riferiscono ai costi indispensabili per rendere conformi i beni, in particolare modo con riferimento alle spese effettuate per la spedizione, per la mano d'opera e per i materiali.

³⁰³ Art.6.2, Condizioni generali di contratto Tiscali: "Il servizio di garanzia e assistenza sarà effettuato direttamente da Tiscali o centri di assistenza autorizzati da Tiscali, il quale potrà decidere discrezionalmente se riparare o sostituire il dispositivo difettoso. Le spese di spedizione sono a carico del Cliente"; Camera di Commercio, "*La conformità dei contratti d'accesso ad Internet a banda larga*", cit.

³⁰⁴ Art. 37.2, Condizioni generali di contratto Fastweb: "Il Cliente che, avendo scelto al momento della sottoscrizione della Proposta di ricevere un Apparato a noleggio, intenda

clausole appaiono vessatorie in riferimento all'art.33, comma 2, lett. l), del cod. cons., perché implicano l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto modo di conoscere preventivamente. Inoltre, si potrebbe riscontrare vessatorietà nell'ipotesi in cui si rilevano difetti di funzionamento coperti da garanzie, che impongono al consumatore di darne comunicazione al professionista rispettando dei termini veramente brevissimi, quali, ad esempio, tre giorni dalla scoperta del difetto³⁰⁵.

6. Recesso: I contratti di accesso ad Internet rientrano nella categoria dei contratti di durata, e quindi anche questa categoria permette ai contraenti, a maggior ragione se consumatori, l'esercizio del diritto di recesso. Si comprende pertanto che, analizzando i dettami dell'art.33, comma 2, lett.g),

successivamente sostituire tale Apparato con un diverso Apparato a noleggio, potrà richiederne la sostituzione in qualunque momento a Fastweb; tale sostituzione verrà effettuata da Fastweb, o da soggetto dalla stessa incaricato, dietro il pagamento in suo favore del relativo costo che verrà addebitato al Cliente nella successiva fattura. Il Cliente è tenuto ad utilizzare l'apparato ricevuto in noleggio compatibilmente con le offerte commerciali in vigore e le istruzioni d'uso fornite, in conformità alle leggi ed ai regolamenti vigenti e nel rispetto dei diritti dei terzi, seguendo le istruzioni tecniche d'uso fornite, in conformità alle leggi ed ai regolamenti vigenti e nel rispetto dei diritti dei terzi, seguendo le istruzioni tecniche d'uso eventualmente impartite da Fastweb. Il noleggio è strettamente collegato al Contratto al quale accede ed ha pari durata. La cessazione del Contratto, qualunque ne sia la causa, determina perciò l'automatica cassazione del noleggio e l'obbligo di restituzione del relativo Apparato.

³⁰⁵ Art.14.2, Condizioni generali di contratto TeleTu: "Il cliente prende atto del fatto che il dispositivo concesso in noleggio è coperto da garanzia contro i difetti di fabbricazione, alle stesse condizioni e negli stessi limiti previsti dalla garanzia fornita dal produttore ai sensi della legge. In ogni caso, la garanzia non copre eventuali danni cagionati dal dispositivo o da una errata utilizzazione dello stesso ed è comunque esclusa nei seguenti casi:

- (i) interventi, riparazioni o manomissioni effettuate dall'utente o da personale non autorizzato da Tele2;
- (ii) rimozione o alterazione dei codici identificativi o qualora gli stessi siano diventati illeggibili;
- (iii) danneggiamento del dispositivo dovuto a comportamento imputabile al Cliente stesso o a negligenza o difetto di manutenzione;
- (iv) difetto dovuto ad interruzione di elettricità o ad eventi naturali, compresi gli eventi meteorologici;
- (v) uso del dispositivo in difformità alle istruzioni ricevute. In caso di difetti di funzionamento coperti da garanzia il Cliente dovrà darne comunicazione al Servizio Clienti entro tre giorni dalla scoperta del difetto. Tele2 si riserva la facoltà di provvedere, a propria discrezione, alla sostituzione del dispositivo ovvero alla relativa riparazione, che sarà eseguita direttamente dai centri di assistenza autorizzati dal produttore."

del Codice del Consumo, si considera vessatoria la clausola che riconosca “al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto”. Inoltre, a confermare tutto ciò è il d.l. 4 luglio 2006, n.223³⁰⁶, convertito nella legge 4 agosto 2006, n.248 che all’art.10, comma 2, recita “in ogni caso nei contratti di durata, il cliente ha sempre la facoltà di recedere dal contratto senza penalità e senza spese di chiusura.” Inoltre, si potrebbero considerare vessatorie le clausole contrattuali che assoggettano l’esercizio del diritto di recesso a modalità o tempi diversi tra *provider* e cliente. Così, sono indice di uno squilibrio contrattuale tra le parti per vessatorietà, le previsioni che impongano al consumatore mezzi di comunicazione più onerosi, come una lettera raccomandata rispetto a quelli di cui l’operatore preannuncia di volersi avvalere, come un’*e-mail*³⁰⁷.

Dall’esame dei principali contratti stipulati dai *providers* risulta che non tutti i termini pattizi sono stati allineati, nonostante il tempo decorso dalla sua entrata in vigore, alla disciplina di protezione del consumatore³⁰⁸ e chi

³⁰⁶ Cosiddetto decreto Bersani.

³⁰⁷ Art.7.3, Condizioni generali di contratto di Libero: “Il contratto si intende stipulato a tempo indeterminato dalla data di attivazione. Il cliente potrà recedere in qualsiasi momento con disdetta da inviarsi, a mezzo di lettera raccomandata A/R e preavviso di almeno 60 gg.” Dall’altro lato è sancito all’art.7.4: “Libero potrà recedere dal presente contratto mediante comunicazione scritta o inviata in formato elettronico al cliente con un preavviso di almeno 7 giorni”.

³⁰⁸ Ad esempio nel contratto di Tele 2 si legge: “Il cliente/persona fisica che stipula il presente contratto per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata, avrà il diritto di recedere dalle presenti condizioni generali senza alcuna penalità e senza specificarne le ragioni, inviando a Tel2 comunicazione scritta a mezzo raccomandata a/r, entro

si è adeguato non ha disposto contratti equi perché addebita al consumatore il costo di un prezzo fisso per la disattivazione³⁰⁹. Ci si chiede al riguardo, quale sarebbe la rispondenza tra prezzo pagato e le spese effettivamente sostenute dall'operatore per interrompere l'erogazione del servizio di accesso. Nonostante il dubbio legittimo di costi di per sé irreali, sul punto vigila l'AGCOM³¹⁰, attraverso l'analisi dei formulari predisposti dai *provider*.

Inoltre, appare opportuno osservare attentamente, considerate le diverse modalità di conclusione dei contratti di accesso ad Internet, che le condizioni generali a cui far riferimento devono essere sia quelle relative ai contratti conclusi fuori dei locali commerciali sia quelle relative alla contrattazione a distanza. Cause di vessatorietà si possono riscontrare in merito all'informazione che dovrebbe essere data in maniera corretta e completa. Si riscontra invece in alcuni contratti, l'omissione delle precisazioni che il diritto di recesso può essere esercitato utilizzando anche forme diverse dalla lettera raccomandata, come il fax o il telegramma o la

il termine di dieci giorni lavorativi a decorrere dalla conclusione delle presenti condizioni generali o, se successivo, dal giorno in cui abbia ricevuto conferma scritta delle informazioni previste dall'art.5, comma 1, del d.lgs.185/1999; in mancanza di tale conferma scritta, il Cliente potrà esercitare il diritto di recesso entro un termine di tre mesi a decorrere dalla conclusione delle presenti condizioni generali. La comunicazione di recesso potrà essere inviata entro gli stessi termini, anche telefonicamente ovvero mediante telegramma, telex e fac-simile, a condizione che sia confermata mediante lettera raccomandata a/r entro le 48 ore successive".

³⁰⁹ Contratto Fastweb: "In qualsiasi momento il cliente receda dal contratto, Fastweb avrà diritto di ottenere dallo stesso il pagamento di un importo pari a 49 euro (iva inclusa) per il ristoro dei costi sostenuti".

³¹⁰ Contratto fastweb: "Fastweb richiede un importo di 49 euro per i servizi Internet e fonia e 21 euro per i servizi Tv, a titolo di ristoro dei costi sostenuti per il recesso, indipendentemente dal momento in cui il cliente decida di recedere. Tali costi sono stati preventivamente sottoposti al vaglio dell'AGCOM supportati dalla contabilità regolatoria che ne giustifica l'ammontare, così come prescritto dal Decreto Bersani (art. 23, commi 1 e 2).

posta elettronica, purchè queste comunicazioni siano seguite dalla raccomandata di conferma³¹¹. In particolare, per ciò che attiene all'esercizio del diritto di recesso la Sezione IV del Capo I del Titolo III del Codice si apre con la previsione di cui al comma 1 dell'art.64 che stabilisce le modalità di esercizio del diritto di recesso nei suoi aspetti tecnici, riguardo alla forma e al termine di decadenza ed evidenzia quelle che sono considerate le connotazioni tipiche dell'istituto in esame: breve termine di decadenza, carattere incondizionato e discrezionale del relativo esercizio. Il dato letterale di tale articolo sancisce che: “per i contratti e per le proposte contrattuali a distanza ovvero negoziati fuori dei locali commerciali, il consumatore ha diritto di recedere senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, entro il termine di 10 giorni lavorativi³¹², salvo quanto stabilito dall'art.65, commi 3,4 e 5”. Per i contratti stipulati fuori dai locali commerciali³¹³, il diritto di recesso decorre, in base all'art. 64: a) dalla data di sottoscrizione della nota d'ordine contenente l'informazione di cui all'art.47 ovvero, nel caso in cui non sia predisposta una nota d'ordine,

³¹¹ Articolo 64, 2 comma, Cod. cons..

³¹² Si deve sottolineare la natura lavorativa di 10 giorni previsti ai fini dell'esercizio del diritto di recesso, a differenza della previsione dei giorni effettivi prevista originariamente nella disciplina sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali. Forse, sarebbe stato meglio che il legislatore individuasse il termine per l'utilizzo del diritto di recesso facendo riferimento ai giorni effettivi, in quanto il riferimento alla natura lavorativa appare suscettibile di dar luogo ad ambiguità. Questi fraintendimenti si riscontrano, ad esempio, per i contratti conclusi *on-line* attraverso siti Internet aperti 24 ore su 24, 7 giorni su 7.

³¹³ Vi rientrano contratti stipulati tra un operatore commerciale ed un consumatore, riguardanti la fornitura di beni o la prestazione di servizi stipulati durante la visita dell'operatore commerciale al domicilio del consumatore, o in un'area pubblica o aperta al pubblico, o per corrispondenza, o comunque, il base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza dell'operatore commerciale, nonché ai contratti conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici la cui disciplina è ora prevista negli art.45-49 del Codice del consumo.

dalla data di ricezione dell'informazione stessa, per i contratti riguardanti la prestazione di servizi ovvero per i contratti riguardanti la fornitura di beni, qualora al consumatore sia stato preventivamente mostrato o illustrato dal professionista il prodotto oggetto del contratto; b) dalla data di ricevimento della merce, se successiva, per i contratti riguardanti la fornitura di beni, qualora l'acquisto sia stato effettuato senza la presenza del professionista ovvero sia stato mostrato o illustrato un prodotto di tipo diverso da quello oggetto del contratto³¹⁴. Il contratto di accesso ad Internet si configura come un contratto di fornitura di servizi, così, se l'articolo preso in esame precedentemente potrebbe riguardare la presa in carico di beni inerenti all'accesso come il modem o il router, per il recesso dal contratto di connettività si deve guardare all'art. 65: "il diritto di recesso decorre, per i contratti relativi alla fornitura di servizi dal giorno dell'accordo o dal giorno in cui sono state date le informazioni obbligatorie, se ciò non avviene al momento dell'accordo"³¹⁵. Inoltre, la disciplina dei contratti stipulati fuori dai locali commerciali prevede, come precedentemente accennato, che le informazioni sul diritto di recesso debbano essere fornite per iscritto e debbano contenere:

³¹⁴ Art.65, comma 1, Cod. cons..

³¹⁵ Un disciplina equivalente è contenuta in una delibera dell'AGCOM, la n.664/06/CONS, art. 5, comma 4: "Il termine per l'esercizio del diritto di recesso decorre:

a) per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte dell'utente ove siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'articolo 2 o dal giorno in cui questi ultimi siano stati soddisfatti, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto purché non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa;

b) per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto o dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'articolo 2, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto purché non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa".

- l'indicazione dei termini, delle modalità e delle eventuali condizioni per l'esercizio del diritto di recesso;
- l'indicazione del soggetto nei cui riguardi va esercitato il diritto di recesso ed il suo indirizzo o, se si tratti di società o altra persona giuridica, la denominazione e la sede della stessa, nonché l'indicazione del soggetto al quale deve essere restituito il prodotto eventualmente già consegnato se diverso³¹⁶. Inoltre, il comma 3 dell'art.47 sancisce che qualora il professionista sottoponga all'utente, per la sottoscrizione, una nota d'ordine, le precedenti informazioni dovranno essere riportate sulla stessa nota d'ordine "separatamente dalle altre clausole contrattuali e con caratteri tipografici uguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento"³¹⁷. Se, invece, non viene predisposta alcuna nota d'ordine, tali informazioni devono essere fornite "al momento della stipulazione del contratto ovvero all'atto della formulazione della proposta"³¹⁸. Inoltre, per i contratti relativi alla fornitura di beni o la prestazione di servizi, come nel caso del contratto di accesso ad Internet, stipulati "per corrispondenza o, comunque, in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza del

³¹⁶ Art.47, comma 1, Codice del consumo.

³¹⁷ In tale direzione cfr. la sentenza del Tribunale di Brescia del 28 aprile 2003: "ai sensi dell'art.5 del d.lgs.n°50/92 l'informazione sul diritto di recesso, deve essere riportata nella nota d'ordine separatamente dalle altre clausole contrattuali e con caratteri tipografici uguali o superiori a quelli gli altri elementi indicati nel documento. Il risalto, la sottolineatura o, al limite, il diverso colore dei caratteri non integrano quanto richiesto dalla legge, che è la separatezza della clausola sul recesso rispetto alle altre, e che impone di collocare tale clausola in uno spazio distinto e separato da quello riservato alle altre clausole".

³¹⁸ Art.47, comma 4, del Codice del consumo.

professionista³¹⁹”, [...] “l’informazione sul diritto di recesso deve essere riportata nel catalogo o altro documento illustrativo della merce o del servizio oggetto del contratto³²⁰”. Per quanto attiene, la disciplina sui contratti distanza -oggi contenuta agli articoli 50-61 del Codice del consumo- il diritto di recesso può essere esercitato, senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, entro 10 giorni lavorativi decorrenti, ai sensi dell’art.65, comma 2: a) “per i beni, dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore, ove siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all’art.52 o dal giorno in cui questi ultimi siano stati soddisfatti, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto, purché non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa”; b) per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto o dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all’art.52, qualora ciò avvenga dopo la conclusione del contratto, purché non oltre il termine di tre mesi dalla conclusione stessa. Inoltre, in tempo utile prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, il consumatore deve ricevere, tra le altre le seguenti informazioni: esistenza del diritto di recesso, modalità e tempi di ritiro del bene. Il consumatore/utente deve ricevere “conferma per iscritto o, a sua scelta, su un altro supporto duraturo a sua disposizione ed a lui accessibile, di tutte le informazioni previste dall’art.52, comma 1, prima od al momento dell’esecuzione del

³¹⁹ Art.45, comma 1, lett. d), Codice del consumo.

³²⁰ Art.47, comma 5, Codice del consumo.

contratto³²¹. Entro tale momento e nelle stesse forme devono comunque essere fornite al consumatore anche le seguenti informazioni:

- le condizioni delle modalità di esercizio del diritto di recesso, ai sensi della sezione IV del presente capo, inclusi i casi di cui all'art.65, comma 3;
- l'indirizzo geografico della sede del professionista a cui il consumatore può presentare reclami;
- i servizi di assistenza e sulle garanzie commerciali esistenti;
- le condizioni di recesso dal contratto in caso di durata indeterminata o superiore all'anno”.

Alla base di quest'obbligo di conferma c'è la volontà di impedire al professionista di mutare *ad libitum* il contenuto del contratto. È opportuno sottolineare che “per i contratti conclusi in via telematica i cui servizi siano prestati in un'unica soluzione e fatturati dall'operatore commerciale, non v'è l'obbligo della conferma delle ulteriori informazioni in ordine al recesso. Anche in tale caso il consumatore deve poter disporre dell'indirizzo geografico della sede del professionista cui poter presentare reclami³²²”. Ciò è di facile intuizione, se si considera che il servizio è già stato eseguito e pagato e che quindi non residua alcuno spazio per l'utilizzo del diritto di recesso.

³²¹ Art. 53 Codice del Consumo.

³²² Tommasi, *Contratti e tutela dei consumatori*, cit., p. 375.

4.4.1 Sospensione e interruzione del servizio

Alcune notazioni devono essere dedicate alla tematica inerente la sospensione o interruzione del servizio di accesso ad Internet. Appare anzitutto di dubbia legittimità la previsione contenuta in alcuni contratti³²³ che assegna al professionista il diritto di sospendere o addirittura di disattivare il servizio Adsl, se il cliente non lo utilizzi con una determinata frequenza. Questa si presenta come una condizione contrattuale atta a consentire al professionista di non adempiere o di recedere dal contratto, nonostante il cliente mantenga un comportamento lecito.

Al di là di questo, il profilo di maggiore interesse riguarda la possibilità di estendere all'area contrattuale la risarcibilità del danno non patrimoniale per sospensione o interruzione di un servizio, che va ad incidere sull'esercizio di un diritto che in questa sede si è voluto qualificare fondamentale della persona.

Il superamento della cesura fra danni non patrimoniali e lesione dei diritti fondamentali risulta il frutto di un percorso difficile e complesso³²⁴. Sebbene

³²³ Contratto Tele2 art.12.3: "Il Cliente si impegna ad utilizzare i Servizi almeno una volta al mese. In mancanza, Tele2 si riserva il diritto di sospendere con effetto immediato, senza comunicazione, tutti o parte dei Servizi. E' fatta salva la facoltà del Cliente di richiedere la riattivazione dei servizi sospesi secondo le modalità di cui all'art.23.2. Resta inteso che il Cliente non sarà tenuto al pagamento dei corrispettivi di cui all'art.15, relativi al Servizio sospeso, con riferimento al periodo di sospensione"; Art.13: "Tele2 si riserva la facoltà di disattivare tutti o parte dei Servizi. E' fatta salva la facoltà del cliente di richiedere la riattivazione dei Servizi, senza comunicazione, in caso di mancato utilizzo degli stessi da parte del Cliente per due mesi consecutivi, ovvero di mancata richiesta di riattivazione entro un mese dalla eventuale sospensione ai sensi del precedente punto12.3. A seguito della disattivazione le presenti condizioni generali dovranno intendersi risolte con riferimento allo/agli specifico/i Servizio/i oggetto di disattivazione".

³²⁴ Per una ricostruzione della tematica cfr. Navarretta-Poletti, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *I danni non patrimoniali*, a cura di Navarretta, Milano, 2004, pp. 59 e ss. Le autrici sottolineano come " il tema, senza dubbio rileva una complessità ancor maggiore di quella che genera nella responsabilità aquiliana. Sul piano normativo, l'assetto concepito dal legislatore del 1942 non offre immediate soluzioni ed, anzi, a una lettura tradizionale, è apparso escludere, con l'art.1223 cod.civ., che menziona unicamente il danno emergente ed il lucro cessante, i pregiudizi non patrimoniali, in supposta armonia con la

non sia questa la sede per approfondire il dibattito sul danno non patrimoniale e segnatamente sul danno non patrimoniale da inadempimento, va detto che risulta complesso valutare in che misura si possa evincere la risarcibilità del danno non patrimoniale da interruzione dell'accesso ad Internet.

In merito, è dato rinvenire alcune pronunce giurisprudenziali, come quella del Giudice di Pace di Pisa³²⁵, che si è occupato di una controversia dove una delle parti aveva aderito ad una proposta commerciale formulata da una compagnia telefonica, che prevedeva l'accesso alla Rete internet mediante connessione Adsl. Detta compagnia peraltro, dopo l'iniziale attivazione del collegamento internet tramite adsl, decideva arbitrariamente di privare il contraente (nella specie docente universitario) della possibilità di usufruire del servizio: essa infatti, al fine di collegare un nuovo utente nello stesso stabile, ed atteso che questa installazione superava la capienza di derivazione, provvedeva ad applicare un'apparecchiatura provvisoria che, di fatto, privava l'utente, per oltre nove mesi, dalla somministrazione del collegamento. Solo grazie ad un

vocazione del contratto ad operare solo nel contesto economico. Dunque, per poter giungere a ricostruire le condizioni di risarcimento dei danni non patrimoniali in ambito contrattuale, obbligato appare il passaggio sia attraverso l'apparente avversità del danno normativo sia attraverso alcuni snodi concettuali della costituzione teorica della responsabilità contrattuale". Con le quattro sentenze gemelle della Corte di Cassazione del 2008 è stato fatto un passo in avanti: in merito cfr. ancora Navarretta-Poletti, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità contrattuale*, in *Danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2010, pp. 51 e ss. Questa dottrina asserisce che "l'armonizzazione tra illecito contrattuale e responsabilità aquiliana nella disciplina del danno non patrimoniale da lesione dei diritti inviolabili configura uno dei capisaldi delle pronunce del 2008 delle Sezioni Unite...In sostanza, prima del 2008 erano già venuti maturando i presupposti della svolta, ma sino a quella data la vicenda del danno non patrimoniale contrattuale appariva scissa fra incertezze dogmatiche, che finivano per prediligere il cammino sicuro del cumulo di azioni e ricostruzioni approssimative, volte ad affermare in generale la risarcibilità di tale danno, senza alcuna differenziazione rispetto a quello patrimoniale, enfatizzando il senso e la portata di norme in realtà anodine: l'art. 1174 cod. civ., per il suo richiamo all'interesse non patrimoniale, e l'art. 1223 cod. civ., per il suo riferimento al suo concetto di perdita."

³²⁵ Giudice di Pace di Pisa, 26 marzo 2009, n.1182 consultabile all'indirizzo <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014474.aspx>

ricorso azionato in via d'urgenza ai sensi dell'art.700 c.p.c. il servizio è stato ripristinato e all'utente è stato riconosciuto il risarcimento del danno patrimoniale, come previsto dalle condizioni generali di abbonamento della compagnia telefonica, nonché il danno esistenziale da questi subito, consistito nella pesante penalizzazione cagionata alla sua attività di docente presso l'Università "dalla lunga indisponibilità di uno strumento di comunicazione essenziale come è oggi il collegamento internet". Inoltre, questo danno esistenziale³²⁶ è stato considerato da suddetto giudice toscano esteso anche alla famiglia dell'utente, ed in particolar modo alla figlia, che utilizzava frequentemente il collegamento ad Internet per motivi di studio. La presenza di risvolti economici derivanti da un pregiudizio di carattere patrimoniale subito dall'utente è ormai assodato, quello che invece merita maggiore attenzione è l'aspetto del risarcimento per l'ambito morale colpito dai protratti disagi³²⁷.

La vicenda presenta profili complessi³²⁸. Il primo dovrebbe rivedere l'art.2059 del cod.civ. in un'ottica contrattuale, posto che la risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale è volta ad inglobare nel termine perdita (art.1223 cod.civ.) la privazione di qualsiasi cosa o vantaggio, compreso ciò che non

³²⁶ Sul tema cfr Billotta e Ziviz, *Danno esistenziale: forma e sostanza*, in *Resp. civ.e prev.*, 2004, 1300 e ss; Cendon, *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*, *ivi*, 2007, pp.284 e ss.

³²⁷ Dello stesso avviso, il Giudice di Pace di Reggio Emilia, 27 febbraio 2008, consultabile all'indirizzo <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010397.aspx>. Codesto giudice sottolinea che "nel caso che ci occupa si può affermare che i danni patiti da... rientrano nell'ambito delle cosiddette lesioni di carattere non patrimoniale e nel corso del giudizio è stato dimostrato, con le prove testimoniali assunte, l'importanza della connettività internet per le relazioni personali e della vita familiare."

³²⁸ Parte della dottrina ha preso come punto di riferimento anche altre disposizioni codicistiche, (cfr. ad es. Costanza, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp.127 e ss, che ha invocato gli artt.2087 e 2105 cod. civ., in materia di diritto del lavoro).

appartiene al mondo economico³²⁹. Alla luce di ciò, come afferma un'attenta dottrina, gli artt. 1218 e 1223 cod. civ. verrebbero “reinterpretati alla luce della nuova regola di risarcibilità dettata per l'addebito aquiliano, che consente di ritenere risarcibile il danno non patrimoniale da contratto quando l'inadempimento abbia determinato la lesione di diritti inviolabili della persona e di ricondurre tra le perdite e le mancate utilità della seconda norma anche pregiudizi non patrimoniali derivanti dalla lesione dei menzionati diritti³³⁰”.

Il secondo, invece, dovrebbe individuare il concetto di “interesse non patrimoniale”, prendendo come riferimento l'art.1174 del cod.civ., in forza del quale “la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore (artt.1256 e seguente, artt.1411 e seguenti)”.

I due parametri partono dal danno non patrimoniale per individuarne i lineamenti contrattuali che, nel ledere i diritti inviolabile e fondamentali, consentono il risarcimento dei danni non patrimoniali³³¹. In base all'art.1174 cod.civ. si procede ad un accertamento, nell'area del contratto, degli interessi che presentano carattere non patrimoniale “da effettuare in base alla causa concreta del negozio da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico,

³²⁹ Cfr. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, pp.232 e ss.

³³⁰ Poletti, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p.85.

³³¹ In tal senso cfr. Vettori, *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, II, pp.5 e ss; Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, in *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, pp. 224 e ss; Gazzarra, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003, p.41.

adoperato [...] e dunque ragione concreta della dinamica contrattuale³³²”. In questa sentenza, si richiamano al riguardo la figura dei contratti di protezione nel settore sanitario e le ipotesi di contatto sociale che hanno esteso l’area della responsabilità contrattuale al paziente. In questi casi si è supposta la lesione di un diritto inviolabile alla salute e all’informazione nell’ambito sanitario. Per analogia e prendendo come riferimento la violazione di un diritto fondamentale ciò potrebbe essere esteso anche alla violazione di un diritto qual è l’accesso ad Internet, per sospensione o interruzione di un mezzo di comunicazione.

Il problema del danno non patrimoniale da inadempimento è stato tradizionalmente affrontato guardando a due diverse direttrici, quella che riteneva l’art.2059 cod.civ. applicabile anche in ambito contrattuale, a prescindere dal fatto che tale disposizione non sia richiamata espressamente dalle norme sul contratto³³³; nell’altra direzione, invece, l’art.2059 cod. civ. si configura come non estendibile nella sfera contrattuale, per il semplice fatto della sua collocazione all’interno della responsabilità civile³³⁴. Nel contesto contrattuale questo danno sarebbe comunque riconoscibile, ma la regola di

³³² Cass., 8 maggio 2006, n.10490, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p.564.

³³³ Naturalmente non sarebbe coerente un sistema che prevedesse una regola diversa a seconda che l’obbligazione trovi origine in un contratto o in un fatto illecito extracontrattuale. In questo modo, il danno si presenta uguale quale che sia la fonte da cui deriva. In tale direzione De Cupis, *Il danno*, Milano, 1969, pp.133 e ss.; Zeno Zencovich, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, p.87, che sostiene che sarebbe incoerente ammettere un incondizionato risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale e vincolare invece ai casi previsti dalla legge quello di origine contrattuale.

³³⁴ Franzoni, *Il danno alla persona*, Milano, 1995, pp. 596; Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, pp.230 e ss; Busnelli, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1996, p.15. Cfr., inoltre, Liberati, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004; Navarretta, *I danni non patrimoniali*, Milano, 2004, pp. 9 e ss; Carbonaro, *Il danno da black out: il punto sulla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 158; Amato, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, a cura di Ponzanelli, Padova, 2004, p.152; Tescione, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008, p.117.

risarcibilità non potrebbe essere la medesima, dacché dovrebbe essere filtrata dalla *lex contractus*.

A conferma del primo indirizzo, si è posta nel 2008 la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, secondo la quale: “il danno non patrimoniale, quando ricorrono le ipotesi espressamente previste dalla legge, o sia stato leso in modo grave un diritto della persona tutelato dalla Costituzione, è risarcibile sia quando derivi da fatto illecito, sia quando scaturisca da un inadempimento”. Inoltre, la Corte tempera la tipicità del danno non patrimoniale tramite l’affermazione che “la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma in virtù dell’art.2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all’interprete rinvenire nel complesso sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l’ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana³³⁵. Inoltre, il danno non dev’essere futile, vale a dire che non deve consistere in meri disagi o fastidi ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita o alla felicità.

Alla luce di ciò, è ammessa la possibilità del risarcimento del danno non patrimoniale. Si conclude, infatti, che “l’art. 1218 cod.civ., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, deve ritenersi comprensivo del danno non

³³⁵ Si tratta della c.d. tipicità evolutiva. Cass., Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n.26972, in *Giust. Civ.*, 2009, p.913, con commento di Rossetti, *Post nubilia phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n.26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*. Nella problematica inerente il danno risarcibile si sono inserite le quattro pronunce “gemelle” delle Sezioni Unite (11 novembre 2008, la 26973, 26973,26974 e 26 975).

patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato la lesione di diritti inviolabili; parallelamente, tra le perdite e le mancate utilità conseguenti all'inadempimento, risarcibili ex art. 1223 cod.civ. vanno ricompresi anche i pregiudizi non patrimoniali determinati dalla lesione dei menzionati diritti³³⁶. Così, qualora sia leso un diritto inviolabile della persona, per il risarcimento del danno occorre l'ulteriore presupposto che la tutela dell'interesse corrispondente a un diritto fondamentale rientri nella causa concreta del negozio³³⁷, "da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato"³³⁸.

Secondo le Sezioni Unite, quindi, l'art.2059 si applicherebbe anche alla sfera contrattuale, ma ritenendo ampliati alla lesione dei diritti della persona costituzionalmente protetti i casi di risarcibilità previsti dalla legge³³⁹.

I primi orientamenti dottrinali agli indirizzi della Suprema Corte sono stati molto critici. Una prima opinione³⁴⁰ precisa che mentre "nell'area della

³³⁶ *Ibidem*; Cfr inoltre, Poletti, *Manifesta inammissibilità per l'ennesima questione di legittimità costituzionale dell'art.2059 cod.civ.*, in *Resp.civ. e prev.*, 2005, p. 656. L'autrice prospetta la coesistenza, all'interno di un unico modello di risarcibilità del danno di <<strutture forti>>, ossia interessi meritevoli in ogni caso di tutela risarcitoria e di <<strutture deboli>>, ovvero interessi genericamente non patrimoniali, ai quali continuare ad assegnare le maglie dell'art. 2059 cod.civ. nella sua persistente struttura di norma agganciata al fatto-reato e, deve aggiungersi, agli illeciti civili tipizzati che non contemplano la lesione di interessi inviolabili.

³³⁷ Cfr. Lamorgese, *Responsabilità da inadempimento di obbligazioni e risarcimento del danno non patrimoniale*, in *I Contratti*, 2010, pp. 947 e ss.

³³⁸ Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n.26972, cit.

³³⁹ Tra le prime pronunce dopo le sentenze gemelle del 2003, cfr. Cass., 27 aprile 2004, n. 7980, in *Danno e Resp.*, 2004, p.962; In merito v. Navarretta-Poletti, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *Danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, cit., p. 58. Le autrici sottolineano come "l'operazione ermeneutica compiuta dalle Sezioni Unite denota un puntuale impiego delle regole dettate in tema di obbligazioni, ma si allontana dall'idea di una generalizzata risarcibilità senza limiti dei danni non patrimoniali, incentrata in via esclusiva o preponderante sull'art. 1223cod.civ. o sull'art. 1174 cod.civ."

³⁴⁰ Tomarchio, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009, p. 115.

responsabilità extracontrattuale la tutela ed il bilanciamento degli interessi del soggetto danneggiante e danneggiato hanno trovato espressione, a norma dell'articolo 2059 cod. civ., nel limite della riserva di legge, eventualmente nel suo massimo "grado" di Legge Fondamentale, così non è nell'ambito dell'area del contratto. In quest'ultimo caso, è proprio l'autonomia contrattuale che permette di scegliere un particolare assetto di interessi tale per cui la sua violazione potrà comportare un danno non patrimoniale, al di là del fatto che quegli interessi rientrino o meno nei diritti fondamentali della persona, perché così hanno voluto le parti. E, dunque, è proprio l'applicazione delle disposizioni in materia contrattuale che consente di aprire la strada ad un più generalizzata tutela di tutti quegli interessi non patrimoniali che si sono obiettivati nel contratto e che sono risultati lesi dall'inadempimento". Questa dottrina sottolinea come la posizione della Sezioni Unite si presenta ancora troppo timida proprio perché nell'attimo in cui esse rinvergono nell'art. 1174 cod.civ. il principale dato normativo in favore della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, il criterio di selezione dei pregiudizi non patrimoniali risarcibili inerenti la responsabilità contrattuale non può essere il medesimo di quello previsto per la responsabilità aquiliana. Se, infatti, "la tipicità dell'art. 2059 pretende che il necessario requisito dell'ingiustizia del danno sia legato esclusivamente alla lesione di diritti previsti da una specifica norma di legge o dalla Costituzione, ben differente deve essere il criterio di selezione per verificare quali danni non patrimoniali siano risarcibili a seguito dell'inadempimento di un'obbligazione³⁴¹".

³⁴¹ *Ibidem*

Un'altra informata dottrina³⁴² ha offerto considerazioni critiche altrettanto convincenti: “gli apprezzabili traguardi interpretativi sopra menzionati celano, tuttavia, una premessa logica non convincente, destinata a condurre ad un risultato applicativo che desta perplessità. La premessa logica consiste nell'uniformare non solo la nozione di danno non patrimoniale ma anche quella di interesse giuridicamente rilevante, facendola coincidere sempre con la nozione di diritto inviolabile, anche nella materia contrattuale. La Cassazione rivaluta l'interesse non patrimoniale del creditore cui fa riferimento l'articolo 1174 cod.civ., ricorda come l'individuazione di tali interessi compresi nel contratto debba essere condotta attraverso l'accertamento della causa concreta del negozio, da intendersi come sintesi degli interessi legali che il contratto stesso è diretto a realizzare, aldilà del modello, anche tipico, adoperato”.

Analizzate le diverse correnti dottrinali, si può concludere in questa sede che il danno da interruzione o sospensione dell'accesso ad Internet viene a configurarsi come la lesione ingiusta di un interesse costituzionalmente rilevante, ricostruito in via interpretativa. Questo appare come logica conseguenza di quanto si è detto soprattutto nella parte introduttiva del presente lavoro.

La risarcibilità degli interessi non patrimoniali nel contratto non è più da porre in dubbio, dopo l'affermazione operata dalle Sezioni Unite del 2008. Così, la lesione di diritti inviolabili della persona determina un danno non patrimoniale, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale. Il

³⁴² Amato, *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26.972/3/4/5, Milano, 2009, p. 24.

contraente avrà diritto al risarcimento dello stesso, con l'unico onere di dimostrare al giudice, oltre al titolo del suo diritto, la sussistenza di una conseguenza pregiudizievole derivata dall'altrui inadempimento.

BIBLIOGRAFIA

- [01] AA.VV., *Computer law current trends and developments a satellite program*, New York, 1989
- [02] Amato, *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26.972/3/4/5, Milano, 2009
- [03] Akerlof, *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*, in *Quarterly Journal of Economy*, 1970
- [04] Albertini, *I contratti di accesso ad Internet*, in *Giust. civ.*, 1997, II
- [05] Alpa, *Interpretazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1987
- [06] Alpa, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori (commento alla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993 n.93/13/CEE)*, in *Corr. giur.*, 1993
- [07] Alpa, *Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori*, in *Contratti*, 1994
- [08] Alpa, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997
- [09] Amato, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, a cura di Ponzanelli, Padova, 2004
- [10] Amoretti, *Una costituzione per Internet?*, in *Diritti e sfera pubblica nell'era digitale*, num. sp. di *Pol. del dir.*, 2010
- [11] Amoretti-Gargiullo, *Dall'appartenenza materiale all'appartenenza virtuale? La cittadinanza elettronica fra processi di costituzionalizzazione della Rete e dinamiche di esclusione*, in *Pol. del dir.*, 2010
- [12] Astone, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Trattati di diritto privato europeo*, Padova, 1997
- [13] Avvisati, *Banda larga: politiche regolatorie e digital divide*, in *"Dalla tecnologia ai diritti"*, Napoli, 2010
- [14] Azzaro, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000
- [15] Badocco, *Riflessioni sul diritto di accesso a Internet nell'ambito del diritto dell'Unione europea*, in *Inf. e dir.*, 2009

Bibliografia

- [16] Baecker-Buxton, *Readings In Human-Computer Interaction: A multidisciplinary Approach*, Los Altos CA, 1987
- [17] Ballerino, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998
- [18] Barenghi, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in *Trattato di diritto europeo*, a cura di Lipari, Padova, 2003
- [19] Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984
- [20] Barile, *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, a cura di De Siervo, Tomo II, Bologna, 1980
- [21] Barile, *Le libertà nella Costituzione*, Padova, 1966
- [22] Bassan, *Il Telecommunication Act statunitense due anni dopo*, in *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, a cura di Bonelli e Cassese, Milano, 1999
- [23] Bernini, *Profili della comunicazione nel diritto comparato*, Padova, 2001
- [24] Bertolini, *La lotta al file sarin illegale e la dottrina Sarkozy nel quadro comparato: quali prospettive per libertà di espressione e privacy nella Rete globale?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n°1/2010
- [25] Bianca-Busnelli, *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999
- [26] Bigliazzi Geri, *Commentario al capo iv-bis del codice civile dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997
- [27] Billotta, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. It.*, 2001
- [28] Billotta e Ziviz, *Danno esistenziale: forma e sostanza*, in *Resp. civ.e prev.*, 2004
- [29] Bobbio, *L'era dei diritti*, Torino, 1996
- [30] Bobbio, *Liberalismo vecchio e nuovo, Mondooperaio*, /1981
- [31] Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, in *Il contratto e le tutele:prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002
- [32] Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983

- [33] Borruso, *Computer e diritto*, I, II, Milano, 1988
- [34] Borruso, *La legge, il giudice, il computer*, Milano 1997
- [35] Bovero, *La libertà e i diritti di libertà*”, in Bovero M. (a cura di),
“*Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*”, Roma-Bari,
2004
- [36] Bravo, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai
consumatori*, Milano, 2002
- [37] Brogi, *Liberalizzazione e servizio universale: l’esperienza statunitense*,
in *Trattato di diritto amministrativo* ,a cura di G.Santaniello,
Vol.XXVIII, Cedam, 1999
- [38] Bruno, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *I contratti di Internet*, a
cura di Lisi, Torino, 2006
- [39] Buonocuore, *Contratti del consumatore e contratti d’impresa*, in
Riv.dir. civ., 1995
- [40] Busnelli, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim.
dir. e proc. civ.*, 1996
- [41] Camardi, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche*, in *Trattato di
diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da
Galgano, XXVII, Milano, 1997
- [42] Cambini, Ravazzi, Valletti, *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal
monopolio alla liberalizzazione negli stati Uniti e nella UE*, Bologna,
2003
- [43] Camera, Pollicino, *La legge è uguale anche sul Web. Dietro le quinte
del caso Gooogle-Vivi Down*, Milano 2010
- [44] Cammarota, *Servizi pubblici in rete e applicabilità dei principi classici
del servizio pubblico*, in *Inf. e dir.*, 2005
- [45] Capantini, *La disciplina dell’accesso e dell’interconnessione*, in *Il
codice delle comunicazioni elettroniche* , a cura di Clarich – Cartei,
Milano, 2004
- [46] Carbonaro, *Il danno da black out: il punto sulla risarcibilità del danno
non patrimoniale da inadempimento*, in *Resp. civ. prev.*, 2006

Bibliografia

- [47] Carrozza, *I nodi istituzionali del welfare nell'era della globalizzazione: la difficile transizione da un welfare incrementale ad un welfare selettivo*, in *Riv. delle pol. Soc.*, 2007
- [48] Cartella, *La disciplina dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Giur. comm.*, 1992
- [49] Cassano, *Condizioni generali di contratto*, in *Dir. dell'Internet*, 2007
- [50] Cassano-Di Giandomenico, *Il diritto dei consumatori. Profili applicativi e strategie processuali*, Padova, 2010
- [51] Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, 1994
- [52] Cassese, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009.
- [53] Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. di dir. amm.*, 2002
- [54] Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003
- [55] Castells, *The Rise of Information Society*, Blackwell, 1996, trad. It. *La nascita della società dell'informazione*, Milano, 2002
- [56] Cavalieri, *Iniziativa economica privata e Costituzione vivente*, Padova, 1978
- [57] Cendon, *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007
- [58] Cerri, *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 1996
- [59] Cesaro, *I contratti dei consumatori (Commercio al Codice del consumo)*, Milano, 2007
- [60] Cherubini, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1999
- [61] Cherubini, *Tutela del contraente debole*, Torino, 2005
- [62] Cian, *Il nuovo capoXIV-BIS (titolo II, Libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996
- [63] Cicala, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Milano, 1953
- [64] Clarich, *I titoli abilitativi nel nuovo sistema delle comunicazioni elettroniche*, in *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto*

interno e diritto comunitario, a cura di Mobidelli – Donati, Torino, 2005

- [65] Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998
- [66] Clement-Shade, *The Access Rainbow: Conceptualising Universal Access to the Information/Communication Infrastructure*, Toronto, 2000
- [67] Corasanti, *Diritti nella rete. Valori umani, regole, interazione tecnologica globale*, Milano, 2006
- [68] Corrias Lucente, *Internet e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Dir. dell'Inf. e dell'Inform.*, 2000
- [69] Costanza, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987
- [70] Costanzo, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 1996
- [71] COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto disc. Pubbl.*, VIII, 1993
- [72] Costanzo, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto pubbl.* IV edizione, Torino, 1993
- [73] Costanzo, *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in *Inf. e dir.*, 1997
- [74] D'Albergo, *La Costituzione tra democratizzazione e modernizzazione*, ETS, Pisa, 1996
- [75] D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002
- [76] D'Amico, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti-Villa, Bologna, 2008
- [77] D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996
- [78] De Carli, *Costituzione e attività economiche*, Padova, 1978
- [79] De Cupis, *Il danno*, I, Milano, 1969

Bibliografia

- [80] De Marco, *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Milano, 2008
- [81] De Marco, *L'anonymat sur Internet et le droit*, Montpellier I, 2005
- [82] De Martini, *Telematica e diritti della persona*, in *Dir. dell'Inf. e dell'Inform.*, 1996
- [83] De Minico, *Decreto di recepimento del pacchetto Direttive Ce in materia di comunicazioni elettroniche: conformità o difformità dal diritto comunitario?*, in *Pol. dir.*, 2003
- [84] De Minico, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in *Pol. dir.*, 2009
- [85] De Nova, *I contratti per l'accesso ad Internet*, in *Aida*, 1996
- [86] De Nova, *Internet, Profili giuridici*, in *Aida*, 1996
- [87] De Nova-Sacco, *Le clausole vessatorie nei contratti con il consumatore*, Torino, 2004
- [88] De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002
- [89] De Sola Pool, *Tecnologie di libertà. Informazione e democrazia nell'era elettronica*, Torino, 1995
- [90] De Vecchis, *Norme nazionali ed europee sul Web pubblici*, in Minerva Working Group, 2004
- [91] Di Lello, *Internet e costituzione: garanzia del mezzo e suoi limiti*, in *Dir. dell'Inf. e dell'Inform.*, 2007
- [92] Esposito, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1958
- [93] Faillace, *Contratti stipulati con i consumatori*, in *Contr. e impr.*, 1996
- [94] Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche, parte prima : il concetto del diritto*, Giuffrè, 1983
- [95] Fenwick, G. Phillipson, *Media freedom under the Human Rights Act*, Oxford, 2006
- [96] Ferrajoli, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, a cura di Zolo, Roma- Bari, 1994
- [97] Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Vitale, Roma-Bari, 2001

Bibliografia

- [98] Ferrajoli, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Riv. crit. diritto priv.*, 2004
- [99] Fichera, *Spunti tematici intorno al nesso tra i principi di eguaglianza e di partecipazione di cui all'art.3, 2° comma, della Costituzione*, in Aa. Vv., *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Napoli, 1974
- [100] Fioravanti, *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo*, in *La nuova età delle Costituzioni*, a cura di Ornaghi, Bologna, 2000
- [101] Foix, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957
- [102] Franceschelli, *Computer (disciplina giuridica del)*, in *Digesto civ.*, III, Torino, 1989
- [103] Franzoni, *Il danno alla persona*, Milano, 1995
- [104] Frosini, *1789: i diritti dichiarati sul serio*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009
- [105] Frosini, *Cibernetica, diritto e società*, Milano, 1968
- [106] Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in *Il diritto di accesso ad Internet. Atti della Tavola Rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia* (Roma, 30 novembre 2010), a cura di Pietrangelo, Napoli, 2011
- [107] Frosini, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1981
- [108] Frosini, *Il giurista nella società dell'informazione*, in *Inf. e Dir.*, 2001
- [109] Frosini, *Informatica, diritto e società*, Milano, 1992
- [110] Frosini, *L'orizzonte giuridico di Internet*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 2000
- [111] Frosini, *La libertà informatica: brevi note sull'attualità di una teoria giuridica*, in *Inf. e dir.*, 2008
- [112] Frosini, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in *Privacy e banche dei dati*, a cura di Matteucci N., Bologna, 1981
- [113] Gabrielli-Padovini, *Recesso (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988
- [114] Galgano-Rodotà, *Rapporti economici*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Tomo II, Bologna, 1982

- [115] Gallo, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007
- [116] Gargiulo, *L'inclusione esclusiva. Sociologia della cittadinanza sociale*, Milano, 2008
- [117] Gatti, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997
- [118] Gazzarra, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003
- [119] Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995.
- [120] Giorgiani, *Gli obblighi di fare del venditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I
- [121] Glorioso- Vitkov, *Accesso ad Internet e contratti di connettività Business to Consumer di quattordici fornitori italiani*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 2009
- [122] Goldsmith, T.Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Ney York, Oxford University Press, 2006
- [123] Gregori – Temperini, *Problematiche di sviluppo dell'e-Learning in Italia: i risultati di un'indagine empirica*, in *Ec. e diritto del terz.*, 2007
- [124] Grisi, *Lo jus poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999
- [125] Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002
- [126] Hamelink, *La governante della comunicazione globale*, in C. Padovani (a cura di), *Comunicazione globale*, Torino, 2001
- [127] Irti, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Scienza e insegnamento del diritto privato*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004
- [128] Irti, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001
- [129] Jager, *Manuale pratico del processo civile*, Torino, 1941
- [130] Jakob, *Ten Usability Heuristics*, Indianapolis, 1994
- [131] Kronman, *Mistake, duty disslosure, information and law of contracts*, in *Journal of leg. Stud.*, 1978
- [132] Krug, *Don't make me think. A Common Sense Approach to Web Usability*, second edition, Berkeley, 2006
- [133] La Porta, *Globalizzazione e diritto*, Napoli, 2005

Bibliografia

- [134] Lamorgese, *Responsabilità da inadempimento di obbligazioni e risarcimento del danno non patrimoniale*, in *I Contr.*, 2010
- [135] Lerner, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Foro it.*, 1996
- [136] Liberati, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004
- [137] Loiodice, *Informazione*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971
- [138] Loiodice, *Libertà di comunicazione e principi costituzionali*, in *Trattato di diritto costituzionale*, Padova, 1999, vol. XXVIII
- [139] Loiodice, *Situazione costituzionale e diritto all'informazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1990, vol. XV
- [140] Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Dem. e dir.*, 1995
- [141] Mariniello, *Il servizio universale nel settore delle comunicazioni elettroniche: attuali modalità di finanziamento ed ipotesi di riforma*, in *Dir. dell'econ.*, 2007
- [142] Marino, *Le droit d'accès à Internet, nouveau droit fondamental*, in *Recueil Dalloz*, 2009; Masucci, *Erogazione on line dei servizi pubblici e tele procedure amministrative*, in *Dir. pubbl.*, 2003
- [143] McKnight, Bailey, *Internet Economics*, Boston, 1999
- [144] McQuail, *Mass Communication Theory*, London 1983 (traduzione italiana Sociologia dei media, Bologna 2001)
- [145] Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995
- [146] Morelli, *La sospensione dei diritti fondamentali nello stato moderno*, Milano, 1966
- [147] Napolitano, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2000
- [148] Navarretta-Poletti, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *I danni non patrimoniali*, a cura di Navarretta, Milano, 2004
- [149] Navarretta-Poletti, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità contrattuale*, in *Danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2010

Bibliografia

- [150] Nevitt, *Project Financing*, Milano, 1998
- [151] Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936
- [152] Norman Donald, *The invisible computer*, Cambridge, 1998
- [153] Nuzzo, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998
- [154] Pace, *Commento all'art.15 della Costituzione*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1977
- [155] Pace, *Iniziativa economica privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, Milano, 1982
- [156] Pace, Manetti, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca-Pizzorusso, Bologna, 2006
- [157] Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992
- [158] Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009
- [159] Pardolesi-Simone, *Danno esistenziale (e sistema fragile): die hard*, in *Foro it.*, 2009
- [160] Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Bologna, 2002
- [161] Pascuzzi, *Tecnologie digitali e regole*, in *Diritto dell'Internet*, 2005
- [162] Pasquini, *Il Project Financing e la discrezionalità*, in *Giorn. di diritto ammin.*, 2006
- [163] Pergolesi, *Orientamenti sociali delle costituzioni contemporanee*, Firenze, 1946
- [164] Picardi, *Condizioni generali e moduli o formulari: la Cassazione delimita l'ambito di applicazione degli artt. 1341 e 1342 cod.civ.*, in *Giust. Civ.*, 2000
- [165] Pietrangelo, *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Milano, 2007
- [166] Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*, Bologna, 2010

- [167] Pioggia, *Note sulla configurabilità di un servizio pubblico informatico*, in *Rivista quadrimestrale dei servizi pubblici*, 2000
- [168] Pioggia, *Note sulla configurabilità di un servizio pubblico informatico*, in *Riv. Quadr. dei ser. Pubbl.*, 2000
- [169] Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale comunitario*, Bologna, 2002
- [170] Poletti, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2009
- [171] Poletti, *Manifesta inammissibilità per l'ennesima questione di legittimità costituzionale dell'art.2059 cod.civ.*, in *Resp.civ. e prev.*, 2005
- [172] Pubusa, *Diritto di accesso ed automazione*, Torino, 2006
- [173] Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Gramm. e dir.*, Milano, 1978
- [174] Pugliese, *Notazioni storiche sui diritti umani*, in S.Caprioli, F.Treggiani, *Diritti umani e civiltà giuridica*, atti del Convegno di Perugia, Novembre 1989, Pliniana, 1992
- [175] Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999
- [176] Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *I diritti costituzionali*, a cura di Nania-Ridola, I, II, Torino, 2006
- [177] Rifkin, *L'era dell'accesso*, Milano, 2000
- [178] Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, 1992
- [179] Rodotà, *I nuovi diritti che hanno cambiato il mondo*, stralcio dell'intervento svolto al Teatro Carignano di Torino nell'ambito delle *Lezioni Norberto Bobbio. Etica e Politica*, Torino, 2004
- [180] Rodotà, *Le prospettive dei diritti sociali*, in AA.VV., *Lelio Basso e le culture dei diritti*, Roma, 1999
- [181] Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004
- [182] Rodotà, *Una Costituzione per Internet*, in *Wired*, n.23, gennaio 2011
- [183] Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, in *Riv. dir.priv.*, 2007

Bibliografia

- [184] Roppo, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr.giur.*, 2009
- [185] Rossello, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider*, in *Dir. dell'inf. e dell'inform.*, 2010
- [186] Rossetti, *Post nubilia phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n.26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust. Civ.*, 2009
- [187] Roza Acuna, *Habeas Data costituzionale: nuova garanzia giurisdizionale del diritto pubblico latinoamericano*, in *Dir. pubbl. compar. ed eur.*, 2002
- [188] Ruffolo, *Le clausole vessatorie*, Milano, 2000
- [189] Sammarco, *I nuovi contratti dell'informatica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano*, Milano, 2006
- [190] Sartor-Viola- De Azevedo-Cunha, *"Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line"*, in *Diritto dell'inf. e dell'inform.*, 2010
- [191] Sarzana di Sant'Ippolito, *I contratti di Internet e del commercio elettronico*, Milano, 2001
- [192] Scannicchio, *La vendita a distanza con mezzi di comunicazione a distanza*, in *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995.
- [193] Scarso, *Il contraente <<debole>>*, Torino, 2006
- [194] Schiller, *Digital capitalism*, Cambridge, 1999, tradotto in italiano in *Capitalismo digitale*, Milano, 2000
- [195] Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele, Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002
- [196] Scorza, *Il diritto dei consumatori e della concorrenza in Internet*, Padova, 2005
- [197] Spagnetti, *La complementarietà tra tecnologia e diritto*, in *Jus*, 1995

Bibliografia

- [198] Stella Richter, *Il tramonto di un mito: la legge è uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori)*, in Giust. Civ., 1997
- [199] Sullivan -Gunther, *First Amendment Law*, New York, 1999
- [200] Taddei, Elmi-Peruginelli, *Dall'informatica giuridica al diritto dell'Internet*, in *Diritto dell'Internet*, 2005
- [201] Tescione, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008
- [202] Timmers, *EU-e-inclusion policy in context*, in Info, XIX, 2008
- [203] Tognazzi Bruce, *First Principles of Interaction Design*, Cister wiki, 2001
- [204] Tomarchio, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009
- [205] Tommasi, *Contratti e tutela dei consumatori*, Torino, 2007
- [206] Tommasi, *Internet, nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001
- [207] Tommasi, *Protocolli TCP/IP e problematiche contrattuali di accesso alla rete Internet*, in *Trattato breve di diritto della rete. Le regole di Internet*, a cura di Sirotti Gaudenzi, Rimini, 2001
- [208] Touraine, *Critique de la modernité*, Fayard, 1992
- [209] Troiano, *Disciplina dei mercati e ius poenitendi*, in *Saggi di diritto privato europeo: persona, proprietà, contratto, responsabilità civile*, Napoli, 1995
- [210] Valastro, *Il servizio universale, fra libertà di comunicazione e diritto dell'informazione*, in *Il Dir. delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, RAI-ERI, 1999
- [211] Valentino, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996
- [212] Verpeaux, *La liberté de communication avant tout. La censure de la loi Hadopi1 par le Conseil constitutionnel*, in *Semaine juridique*, 2009
- [213] Vettori, *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv.dir.priv.*, 2007
- [214] Vettori, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Pers. e merc.*, 2012

Bibliografia

- [215] Viggiano, Internet, informazione, regole e valori costituzionali, Napoli, 2010
- [216] Vignudelli, Diritto Costituzionale, Tomo I, Torino, 2005
- [217] Visalli, Contratto di accesso ad Internet e tutela della privacy, in Giust. civ., Tomo V, Parte II, 2002
- [218] Votano, Internet fra diritto d'autore e libertà di comunicazione: il modello francese, in Diritto dell'inf. e dell'inform., 2009
- [219] W.H.Rehnquist, Le dottrine costituzionali, a cura di G. Buttà, Milano, 2008
- [220] Weinberger, Small Pieces Loosely joined, trad. It. Arcipelago Web, Milano, 2002
- [221] Whine, The Far Right on the Internet, in The Governance of Cyberspace, New York, 1997
- [222] Zaglebreski, I diritti fondamentali oggi, in Ass. it. dei costit., 1995
- [223] Zeno Zencovich, Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale, in Riv.dir.comm., 1987
- [224] Zeno Zencovich, Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso Internet, in Dir. dell'inf. e dell'inform., 1996
- [225] Zeno-Zencovich, Il diritto delle telecomunicazioni, Bari, 1997
- [226] Zeno-Zencovich, Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra <<contratti commerciali>> e <<contratti dei consumatori>>), in Giur. it., 1993
- [227] Zeno-Zencovich, La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione, Bologna, 2004
- [228] Ziccardi, La libertà di espressione in Internet al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti, in Quad. costituz., 1998
- [229] Zocchi, Internet. La democrazia possibile, Milano, 2007

Elenco siti

- [01] Boscaro, Accessibilità o usabilità? Istruzioni per l'uso, consultabile sul sito web: <http://www.usabile.it/122001.htm>
- [02] Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga. Considerazioni sulle opzioni di politica industriale. Presentazione sulle conclusioni del progetto al Ministero dello Sviluppo Economico-Comunicazioni, 12 marzo 2009, in <http://www.astrid-online.it/Regolazione1/Studi--ric/italia-caio-broadband-report2009.pdf>
- [03] Cheli, Libertà d'informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale, nel sito Internet: <http://www.cortecostituzionale.it/informazione/attiConvegniSeminari.asp>
- [04] De Marco, Introduzione all'eguaglianza digitale, in <http://www.federalism.it>, 2008
- [05] De Minico, Banda larga e tv digitale: c'è un futuro per i nuovi diritti sociali?, in <http://www.astrid-online.it>
- [06] Converge and next generation networks (Rapporto reso in occasione del Ministerial meeting on the future of the Internet economy), Seoul, Korea, 17 giugno 2008, reperibile in <http://www.oecd.org/dataoecd/25/11/40761101.pdf>
- [07] De Minico, Le telecomunicazioni: A) le Direttive CE sulle comunicazioni elettroniche e la sub-materia delle telecomunicazioni, in <http://www.astrid-online.it>
- [08] De Minico, Regulation, Banda Larga e Servizio Universale. Immobilismo o innovazione?, in <http://www.astrid-online.it>
- [09] Frosini, La libertà informatica come libertà costituzionale, nel sito Web: http://www.unisob.na.it/e-unisob/eteca/innovazione/innovazione_4/innovazione_4_12.pdf
- [10] Graziadei, Il servizio universale di telecomunicazione: suggerimenti dell'esperienza americana in merito ad alcuni aspetti qualificanti, in <http://www.archivioceradi.luiss.it>

Bibliografia

- [11] Greco, Profili del contratto del consumatore, in <http://www.ilcaso.it>, 2006
- [12] Manfrelotti, Il Codice delle comunicazioni elettroniche: profili problematici relativi all'attuazione delle direttive comunitarie, in <http://www.astrid-online.it>
- [13] Scorza, Il consumatore. Questioni definitorie in materia di commercio elettronico, in <http://www.diritto.it/osservatori/telejus/scorza.pdf>
- [14] Tagliagambe, Rete, paradigma della conoscenza, in <http://www.mediamente.rai.it>
- [15] Tribe, The Constitution in Cyberspace. First Conference on Computer, Freedom and Privacy, consultabile all'indirizzo Web: <http://www.io.com/SS/tribe.html>